

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS
SALA SEGUNDA DE DECISIÓN ORAL
MAGISTADA PONENTE: PATRICIA VARELA CIFUENTES

Manizales, septiembre 16 de 2021

MEDIO DE CONTROL: REPARACIÓN DIRECTA (cumplimiento de sentencia-ejecutivo)

DEMANDANTE: MRYBET TABARES MARÍN y ANA LUCÍA OROZCO DE MARÍN

DEMANDADO: NACIÓN- MINISTERIO DE DEFENSA-POLICÍA NACIONAL

RADICACIÓN: 17 001 23 33 000 200100457 00

AUTO No.

ANTECEDENTES

El día 21 de mayo de 2001 por intermedio de apoderado Dr. Humberto Marroquín Rubio, las Sras. Marybet Tabares Marín y Ana Lucía Orozco de Marín presentaron demanda de Reparación Directa en contra de la Nación-Ministerio de Defensa - Policía Nacional, al cual se asignó el radicado 17 001 23 33 000 200100457 00.

Luego, el día 11 de enero de 2002 la Sra. María Liliana Jiménez Gómez actuando en nombre propio y en representación de los menores Julián Andrés y Mateo Tabares presentaron, a través de apoderado Dr. Libardo Preciado Camargo, demanda de reparación directa en contra de la Nación-Ministerio de Defensa - Policía Nacional, al cual se asignó el radicado 17 001 23 00000 2002 00026 00.

A través de auto del 29 de agosto de 2002 se decretó la acumulación de ambos procesos.

Surtida la segunda instancia y en firme las sentencias que decidieron los procesos acumulados, el día 03 de febrero de 2020 el apoderado de la Sra. María Liliana Jiménez Gómez y de los menores Julián Andrés y Mateo Tabares, presentó al Tribunal memorial solicitando librar mandamiento de pago a favor de éstos y en contra de la Nación-Ministerio de Defensa-Policía Nacional toda vez que la entidad no había dado cumplimiento a la sentencia.

Posteriormente el día 11 de febrero de 2021 presentó desistimiento de la solicitud de librar mandamiento de pago, al haber sido recibido el valor ordenado en la sentencia, según afirmó.

Esta Sala de Decisión por auto del 12 de marzo de 2021 notificado el día 19 del mismo mes aceptó el desistimiento, identificando el proceso así:

MEDIO DE CONTROL:	REPARACIÓN DIRECTA (cumplimiento de sentencia-ejecutivo)
DEMANDANTE:	MRYBET TABARES MARÍN y otros
DEMANDADO:	NACIÓN- MINISTERIO DE DEFENSA-POLICÍA NACIONAL
RADICACIÓN:	17 001 23 33 000 200100457 00

En la misma fecha de la notificación se allegó memorial suscrito por el Dr. Humberto Marroquín Rubio, apoderado las Sras. Marybet Tabares Marín y Ana Lucía Orozco de Marín en el proceso con radicado 17 001 23 33 000 200100457 00 , solicitando aclarar el auto mencionado en el sentido que el desistimiento que se acepta es por parte de los demandantes en el proceso con radicado 17 001 23 00000 2002 00026 00, quienes recibieron las sumas de dinero ordenadas en su favor en las sentencias; en tanto está aún pendiente el pago a sus poderdantes.

CONSIDERACIONES

El artículo 286 del Código General del Proceso establece:

“CORRECCIÓN DE ERRORES ARITMÉTICOS Y OTROS. Toda providencia en que se haya incurrido en error puramente aritmético puede ser corregida por el juez que la dictó en cualquier tiempo, de oficio o a solicitud de parte, mediante auto.

Si la corrección se hiciere luego de terminado el proceso, el auto se notificará por aviso.

Lo dispuesto en los incisos anteriores se aplica a los casos de error por omisión o cambio de palabras o alteración de estas, siempre que estén contenidas en la parte resolutive o influyan en ella.”

Aplicando esta disposición al auto cuya corrección de solicita, se observa que en este se citó como demandantes a “Marybet Tabares Marín y otros” y el radicado 17 001 23 33 000 2001 00457 00, en tanto la solicitud de mandamiento ejecutivo de pago y el desistimiento del mismo fueron presentadas por el apoderado dentro del proceso con radicado 17 001 23 0001 2002 00026 0 en el que eran demandantes la Sra. María Liliana Jiménez Gómez y los menores Julián Andrés y Mateo Tabares.

Por ende, la Sala de Decisión,

RESUELVE:

ACLARAR el auto A.I. 39 del 12 de marzo de 2021, indicando que el proceso corresponde al siguiente:

RADICACIÓN	17 001 23 0001 2002 00026 0
MEDIO DE CONTROL:	REPARACIÓN DIRECTA (cumplimiento de sentencia-ejecutivo)
DEMANDANTE:	María Liliana Jiménez Gómez, Julián Andrés Tabares y Mateo Tabares
DEMANDADO:	NACIÓN- MINISTERIO DE DEFENSA-POLICÍA NACIONAL

NOTIFÍQUESE

A handwritten signature in black ink, appearing to read 'Patricia Valencia'.

Magistrada

Dohor Edwin Varón Vivas

Ausente con permiso

A handwritten signature in blue ink, appearing to read 'Augusto Morales Valencia'. Below the signature, the text 'AUGUSTO MORALES VALENCIA' and 'Magistrado' are printed in black.

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS
DESPACHO 002
MAGISTRADA SUSTANCIADORA: PATRICIA VARELA CIFUENTES

Manizales, 16 de septiembre de 2021

MEDIO DE CONTROL: DEMANDA EJECUTIVA
DEMANDANTE: EVER TRUJILLO MATA Y OTROS
DEMANDADO: NACIÓN- FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN
RADICADO : 2001-00581

En atención a la solicitud que hace el apoderado de la parte demandante, de retirar el presente medio de control y de conformidad con el artículo 92 del Código General del Proceso, se ordena que por Secretaría se haga entrega del poder y los anexos de la demanda en el evento de haberse allegado de manera física.

CÚMPLASE

Firmado Por:

Patricia Varela Cifuentes
Magistrado
Oral 002
Tribunal Administrativo De Manizales - Caldas

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica, conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

Código de verificación:
2feff9e27bba4aac840e4f28e00eca49122c0db2e69b2ea94fdc9a3b6a3a02fb
Documento generado en 16/09/2021 02:55:38 PM

Valide éste documento electrónico en la siguiente URL:

<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>

17-001-23-33-000-2004-01490-00

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO

DE CALDAS

SALA 4ª DE DECISIÓN ORAL

Magistrado Ponente: AUGUSTO MORALES VALENCIA

Manizales, diecisiete (17) de SEPTIEMBRE dos mil veintiuno (2021)

A.I. 282

Corresponde a la Sala de Decisión pronunciarse sobre la continuación de la **EJECUCIÓN A CONTINUACIÓN DE SENTENCIA**, adelantada por los señores **MARIA CRISTINA RAMOS SÁNCHEZ, ALEJANDRA LARGO RAMOS, JOSE ORLANDO LARGO GONZÁLEZ, ANA PATRICIA RAMOS SÁNCHEZ, MARIA AMELIA RAMOS SÁNCHEZ, SONIA RAMOS SÁNCHEZ, LUIS FERNANDO RAMOS SÁNCHEZ** y **YOBANA CATALINA RAMOS** contra la **FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN**.

CONSIDERACIONES

DE LA

SALA DE DECISIÓN

Con el libelo que se halla en el documento N° 2 del expediente digital, solicitó la parte actora se libre mandamiento de pago contra la accionada por las siguientes sumas de dinero:

➤ **Por PERJUICIOS MORALES:**

NOMBRE	SMMLV	TOTAL CAPITAL
MARIA CRISTINA RAMOS SÁNCHEZ	60	\$ 41'367.300
JOSE ORLANDO LARGO GONZÁLEZ	60	\$ 41'367.300
ALEJANDRA LARGO RAMOS	60	\$ 41'367.300

ANA PATRICIA RAMOS SÁNCHEZ	30	\$ 20'683.650
MARIA AMELIA RAMOS SÁNCHEZ	30	\$ 20'683.650
SONIA RAMOS SÁNCHEZ	30	\$ 20'683.650
LUIS FERNANDO RAMOS SÁNCHEZ	30	\$ 20'683.650
YOBANA CATALINA RAMOS	30	\$ 20'683.650

➤ Por PERJUICIOS MATERIALES en la modalidad de DAÑO EMERGENTE, a favor de la señora MARIA CRISTINA RAMOS SÁNCHEZ por la suma de \$ 13'789.100, equivalente a 20 s.m.m.l.m.v.

➤ Por los INTERESES causados desde la fecha de ejecutoria de la sentencia hasta la presentación de la demanda, las siguientes sumas:

NOMBRE	CAPITAL	INTERESES
MARIA CRISTINA RAMOS SÁNCHEZ	\$ 55'156.400	\$ 66'975.192
JOSE ORLANDO LARGO GONZÁLEZ	\$ 41'367.300	\$ 50'231.394
ALEJANDRA LARGO RAMOS	\$ 41'367.300	\$ 50'231.394
ANA PATRICIA RAMOS SÁNCHEZ	\$ 20'683.650	\$ 25'115.697
MARIA AMELIA RAMOS SÁNCHEZ	\$ 20'683.650	\$ 25'115.697
SONIA RAMOS SÁNCHEZ	\$ 20'683.650	\$ 25'115.697
LUIS FERNANDO RAMOS SÁNCHEZ	\$ 20'683.650	\$ 25'115.697
YOBANA CATALINA RAMOS	\$ 41'367.300	\$ 25'115.697

TOTAL CAPITAL MÁS INTERESES: \$ 534'235.715.

➤ Por las costas del presente proceso.

Como fundamento de su pretensión de ejecución, refiere la parte demandante que adelantó proceso de reparación directa contra la FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN, en el cual este Tribunal negó las pretensiones de la parte actora mediante sentencia datada el 9 de julio de 2009, decisión que fue revocada por el Consejo de Estado el 29 de febrero de 2016, imponiendo condena a la accionada por las sumas cuya ejecución ahora impetran los demandantes.

Expone que la sentencia cobró ejecutoria el 6 de julio de 2016, y que el 6 de junio de 2017 presentó la solicitud de pago ante la FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN, sin que a la fecha de presentación de la demanda se haya dado cumplimiento a la sentencia.

El Tribunal libró mandamiento ejecutivo contra la FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN, ajustando la liquidación presentada en la demanda, la cual finalmente arrojó las siguientes sumas (PDF N° 14):

DEMANDANTE	CAPITAL	INTERESES	TOTAL
MARÍA CRISTINA RAMOS SÁNCHEZ	55.156.400	61.594.143	116.750.543
JOSÉ ORLANDO LARGO GONZÁLEZ	41.367.300	46.842.966	88.210.266
ALEJANDRA LARGO RAMOS	41.367.300	46.842.966	88.210.266
ANA PATRICIA RAMOS SÁNCHEZ	20.683.650	24.716.201	45.399.851
MARÍA AMELIA RAMOS SÁNCHEZ	20.683.650	24.716.201	45.399.851
SONIA RAMOS SÁNCHEZ	20.683.650	24.716.201	45.399.851
LUIS FERNANDO RAMOS SÁNCHEZ	20.683.650	24.716.201	45.399.851
YOBANA CATALINA RAMOS	20.683.650	24.716.201	45.399.851
TOTAL	241'309.250	278'861.083	520'170.333

Notificado en debida forma el mandamiento de pago y transcurridos los plazos establecidos en los artículos 431 y 442 numeral 1 del C.G.P., según constancia secretarial de PDF N° 16, la ejecutada no formuló excepciones de mérito ni

acreditó el pago de la obligación. Sobre lo anterior, el artículo 440 del estatuto procesal general dispone lo siguiente:

“Cumplida la obligación dentro del término señalado en el mandamiento ejecutivo, se condenará en costas al ejecutado, quien sin embargo, podrá pedir dentro de los tres (3) días siguientes a la notificación del auto que las imponga, que se le exonere de ellas si prueba que estuvo dispuesto a pagar antes de ser demandado y que el acreedor no se allanó a recibirle. Esta petición se tramitará como incidente que no impedirá la entrega al demandante del valor del crédito.

Si el ejecutado no propone excepciones oportunamente, el juez ordenará, por medio de auto que no admite recurso, el remate y el avalúo de los bienes embargados y de los que posteriormente se embarguen, si fuere el caso, o seguir adelante la ejecución para el cumplimiento de las obligaciones determinadas en el mandamiento ejecutivo, practicar la liquidación del crédito y condenar en costas al ejecutado” /Resalta la Sala/.

Así las cosas, no habiendo excepciones sobre las cuales deba pronunciarse este juez colegiado, habrá de proferirse orden de continuar adelante la ejecución, facultando a las partes para que presenten la liquidación del crédito en los términos del artículo 446 del C.G.P. y se condenará en costas a la ejecutada FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN.

RESUELVE

ORDÉNASE continuar la ejecución, que a continuación de sentencia, han promovido los señores **MARIA CRISTINA RAMOS SÁNCHEZ, ALEJANDRA LARGO RAMOS, JOSE ORLANDO LARGO GONZÁLEZ, ANA PATRICIA RAMOS SÁNCHEZ, MARIA AMELIA RAMOS SÁNCHEZ, SONIA RAMOS SÁNCHEZ, LUIS FERNANDO RAMOS SÁNCHEZ y YOBANA CATALINA RAMOS** contra la **FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN**.

Las partes podrán presentar la liquidación del crédito en los términos del canon 446 del C.G.P.

COSTAS a cargo de la ejecutada FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN.

NOTIFÍQUESE



AUGUSTO MORALES VALENCIA
Magistrado



AUGUSTO RAMÓN CHÁVEZ MARÍN
Magistrado



PUBLIO MARTÍN ANDRÉS PATIÑO MEJÍA
Magistrado

17-001-33-33-003-2012-00278-02

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO

DE CALDAS

SALA 4ª DE DECISIÓN ORAL

Magistrado Ponente: AUGUSTO MORALES VALENCIA

Manizales, diecisiete (17) de SEPTIEMBRE dos mil veintiuno (2021)

A.I. 284

Antes de proferir sentencia de segunda instancia dentro del proceso de **REPARACIÓN DIRECTA** promovido por el señor **JUAN CARLOS SÁNCHEZ CAÑÓN** contra el **DEPARTAMENTO DE CALDAS**, advierte la Sala de Decisión que en su escrito de impugnación, el ente territorial demandado asegura que el costo del vehículo de propiedad de la parte actora que sufrió pérdida total en el accidente que dio origen a esta causa judicial, ya fue cancelado por una entidad aseguradora a su propietaria, lo que eventualmente daría lugar a un doble pago por perjuicios materiales.

En virtud de lo anterior y ante la necesidad de dar claridad al punto, conforme al inciso 2º del artículo 213 de la Ley 1437/11, como **PRUEBA DE OFICIO**, por Secretaría, **OFÍCIESE** a **MAPFRE SEGUROS GENERALES DE COLOMBIA S.A.** para que en un lapso no superior a diez (10) días, se sirva expedir certificación en la que conste:

- (i) Si dicha aseguradora canceló algún valor por la pérdida del vehículo KIA SEDAN SPECTRA MODELO 2007, identificado con la placa FGW 036, de propiedad de la señora DAMARYS HERNÁNDEZ CARDONA (C.C. N° 30'299.923), a raíz del accidente ocurrido en la vía Salamina - Aranzazu (Caldas) el 19 de abril de 2012.
- (ii) En caso afirmativo, certifique si lo cancelado corresponde al total del valor del vehículo o a un porcentaje, precisando cuál, y si la parte demandante canceló algún valor por concepto de deducible.

La certificación deberá ser enviada a través del correo "sgtadmincl@notificacionesrj.gov.co", y una vez allegada, atendiendo el mandato previsto en el canon 170 inciso 2° del C.G.P., se correrá traslado a las partes y el Ministerio Público en la forma establecida en el artículo 201A de la Ley 1437 de 2011.

NOTIFÍQUESE

Proyecto discutido y aprobado en Sala de Decisión realizada en la fecha según Acta N° 041 de 2021.



AUGUSTO MORALES VALENCIA
Magistrado



AUGUSTO RAMÓN CHÁVEZ MARÍN
Magistrado



PUBLIO MARTÍN ANDRÉS PATIÑO MEJÍA
Magistrado

REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS
SALA UNITARIA DE DECISIÓN

MAGISTRADO SUSTANCIADOR: DOHOR EDWIN VARÓN VIVAS

Manizales, veinte (20) de septiembre de dos mil veintiuno (2021).

A.I. 152

Radicado: 17-001-23-33-000-2014-00118-00
Naturaleza: Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Demandantes: Martha Isabel Díaz Cuartas
Demandados: Nación-Ministerio de Defensa – Ejército Nacional

I. ANTECEDENTES

La parte demandante y demandada apelaron el fallo de primera instancia que se emitió el 14 de mayo de 2021.

II. CONSIDERACIONES

El artículo 243 del CPACA dispone que: “Son apelables las sentencias de primera instancia de los Tribunales y de los Jueces (...)”. En cuanto al trámite del recurso de apelación, los ordinales 1 y 2 del artículo 247 ibidem (modificado por el artículo 67 de la Ley 2080 de 2021), señala:

“Artículo 247. Trámite del recurso de apelación contra sentencias. El recurso de apelación contra las sentencias proferidas en primera instancia se tramitará de acuerdo con el siguiente procedimiento:

- 1. El recurso deberá interponerse y sustentarse ante la autoridad que profirió la providencia, dentro de los diez (10) días siguientes a su notificación.*
- 2. Cuando el fallo de primera instancia sea de carácter condenatorio, total o parcialmente, y contra este se interponga el recurso de apelación, el juez o magistrado ponente citará a audiencia de conciliación que deberá celebrarse antes de resolverse sobre la concesión del recurso, siempre y cuando las partes de común acuerdo soliciten su realización y propongan fórmula conciliatoria. (...)”*(Subrayas fuera de texto)

De conformidad con lo anterior, se tiene que el término para la interposición del recurso de apelación contra la sentencia, transcurrió entre el 19 de mayo¹ y el 01 de junio de 2021; que la parte demandante y demandada presentaron el recurso de apelación el 31 de mayo de 2021, esto es de forma oportuna.

¹ Día siguiente a su notificación por estado electrónico.

Por lo tanto será concedido el recurso de apelación formulado sin que sea necesario citar a audiencia de conciliación.

Por lo expuesto, el Tribunal Administrativo de Caldas,

RESUELVE:

Primero: Conceder el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante y demandada en el presente asunto.

Segundo: En firme la presente providencia **remitir** el expediente al H. Consejo de Estado para lo de su competencia.

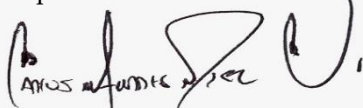
Notificar



DOHOR EDWIN VARÓN VIVAS
MAGISTRADO

CONSTANCIA SECRETARIAL: A Despacho del señor Magistrado el presente medio de control informándole que la parte demandada y la llamada en garantía presentaron solicitud frente al auto del 2 de septiembre de 2021.

Septiembre 17 de 2021



CARLOS ANDRÉS DIEZ VARGAS

Secretario

Auto de Sustanciación:	151-2021
Asunto:	Segunda instancia
Naturaleza:	Reparación Directa.
Radicación:	17-001-33-33-003-2014-00495-02
Demandante:	Lina Marcela López Escobar y otros
Demandado:	Dirección Territorial de Salud de Caldas Y Otros
Llamado en garantía:	La Previsora S.A. y otros.

REPÚBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS

Manizales, veinte (20) de septiembre de dos mil veintiuno (2021).

El día dos (02) de septiembre de 2021, se profirió auto que admitió los recursos de apelación frente a la sentencia emitida el cinco (05) de febrero de 2021 por el Juzgado Tercero Administrativo del Circuito de Manizales.

Frente a la providencia proferida por esta corporación, la parte demandada Servicios Especiales de Salud presentó solicitud en el entendido que en la misma se omitió hacer mención acerca de la admisión del recurso de apelación presentado por ella. A su vez, la llamada en garantía La Previsora S.A presentó solicitud en la cual argumenta que interpuso recurso de apelación de sentencia el dieciséis (16) de febrero de 2021, proferida en primera instancia por el Juzgado Tercero Administrativo del Circuito de Manizales, misma que no fue tomada en cuenta por esa célula judicial a la hora de conceder los recursos de apelación.

Teniendo en cuenta lo anterior y, advirtiéndose que, en efecto el a quo no se ha pronunciado frente a la concesión del recurso de apelación interpuesto por La Previsora S.A. contra la sentencia de fecha cinco (05) de febrero de 2021, se dispondrá la devolución del expediente para que el Juzgado de primera instancia se pronuncie frente al recurso de apelación de sentencia presentado por la llamada en garantía La Previsora S.A. el dieciséis (16) de febrero de 2021

Con fundamento en lo anterior, el despacho dispone lo siguiente:

RESUELVE

1. **REPONER** el Auto de Sustanciación N°136 del dos (02) de septiembre de 2021, donde, erróneamente, se admitió el recurso de apelación a la parte demandante, y en consecuencia se omitió la admisión del mismo a Servicios Especiales de Salud.
2. **ORDENAR** la devolución del expediente digital al Juzgado Tercero Administrativo del Circuito, para que se pronuncie frente al recurso de apelación de sentencia presentado por la llamada en garantía La Previsora S.A. el dieciséis (16) de febrero de 2021.
3. En firme esta providencia, por la Secretaría **REMÍTASE** el expediente digital al Juzgado Tercero Administrativo del Circuito de Manizales para lo de su competencia.

Notifíquese y Cúmplase



DOHOR EDWIN VARÓN VIVAS
Magistrado

17-001-33-33-003-2014-00573-02

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO

DE CALDAS

SALA 4ª DE DECISIÓN ORAL

Magistrado Ponente: AUGUSTO MORALES VALENCIA

Manizales, diecisiete (17) de SEPTIEMBRE de dos mil veintiuno (2021)

S. 088

La Sala de 4ª Decisión Oral del Tribunal Administrativo de Caldas, conformada por los Magistrados AUGUSTO MORALES VALENCIA, quien la preside, AUGUSTO RAMÓN CHÁVEZ MARÍN y PUBLIO MARTÍN ANDRÉS PATIÑO MEJÍA, procede a dictar sentencia de segundo grado por vía del recurso de apelación interpuesto por la parte demandante, contra la sentencia proferida por el Juzgado 5º Administrativo de Manizales, con la cual negó las pretensiones formuladas por la señora **LUZ ELENA VELÁSQUEZ OSORIO Y OTROS** dentro del proceso de **REPARACIÓN DIRECTA** adelantado contra **SERVICIOS ESPECIALES DE SALUD S.E.S. Y OTROS**.

ANTECEDENTES

PRETENSIONES.

Impetra la parte actora se declare administrativamente responsables a la NUEVA EPS y el S.E.S. HOSPITAL DE CALDAS por los daños ocasionados a la señora **LUZ ELENA VELÁSQUEZ OSORIO**, en los procedimientos de reemplazo total de la cadera izquierda con los que causó lesión de nervio ciático y femoral izquierdo, con ausencia de movimiento voluntario, o parálisis total de su extremidad izquierda; así mismo, que son responsables de los perjuicios morales causados a su núcleo familiar.

En consecuencia, impetra se condene a las accionadas a pagar por concepto de perjuicios morales: 200 s.m.m.l.v. para la señora LUZ ELENA VELÁSQUEZ OSORIO, 100 s.m.m.l.v para JOSÉ ALDUBIAR ZEA ALZATE, LIZNEY JULITZA ZEA VELÁSQUEZ y STEVEN ZEA VELÁSQUEZ.

Por perjuicios materiales a título de daño emergente, impetra se pague a la señora VELÁSQUEZ OSORIO \$ 5'500.000, así como una suma de \$ 138'924.000 por lucro cesante, y 150 s.m.m.l.v. para cada uno de los accionantes, a título de alteración en las condiciones de existencia.

Finalmente, se indexen las sumas reconocidas y se condene en costas a la parte demandada.

CAUSA PETENDI

La señora LUZ ELENA VELÁSQUEZ laboraba al servicio de ALMACENES ÉXITO, donde devengaba un salario de \$ 712.800 mensuales, y estaba afiliada a la NUEVA EPS.

El 7 de septiembre de 2012 asistió por sus propios medios a consulta por fisioterapia en el S.E.S. HOSPITAL DE CALDAS a raíz de un dolor en la cadera y la rodilla izquierda que la aquejaban desde aproximadamente 3 años atrás, con el fin de iniciar terapias físicas. En dicha consulta se encontró que el miembro inferior izquierdo se encontraba en buenas condiciones.

El 10 de septiembre de 2012 regresó a consulta por dolor intenso, con base en una resonancia se detectó fractura de cabeza del fémur, por lo que se dispuso suspender las terapias, usar muletas sin apoyar el miembro inferior izquierdo y esperar una evaluación por especialista. La

valoración por ortopedia tuvo lugar el 13 de septiembre de 2012, en la que se halló necrosis aséptica de la cabeza femoral, por lo que se le ordenó la realización de cirugía, procedimiento que podría reducir el dolor y la inmovilidad.

🚦 El 19 de septiembre de 2012 fue valorada por ortopedista en el S.E.S HOSPITAL DE CALDAS, quien la encontró en aparentes buenas condiciones y con dolor al mover la cadera izquierda, propuso realizar reemplazo total de cadera, idéntico concepto que brindó otro ortopedista al día siguiente.

🚦 El 23 de septiembre de 2012 le fue practicada intervención quirúrgica, y al ser valorada al día siguiente, ya presentaba una secuela, como lo es el pie caído o imposibilidad para flexionarlo, lo que a juicio de la parte actora, era un signo temprano de afectación del nervio ciático. El 25 de septiembre de ese año fue valorada por anestesiólogo y médica general, quienes hallaron entumecimiento del miembro inferior izquierdo y pie caído, por lo que consideraron que debía descartarse afectación del nervio ciático por trauma quirúrgico.

🚦 Fue revisada por el mismo galeno que le practicó la cirugía el 26 de septiembre de 2012, quien observó un alargamiento de la extremidad de 8 cm y consideró revisar el procedimiento efectuado para cambiar la cabeza del fémur por una más pequeña, con el fin de disminuir la elongación. Fue intervenida quirúrgicamente el 27 de septiembre de 2012, y el 28 de septiembre siguiente, al ser examinada por médico fisiatra, la halló imposibilitada para movilizarse, producto de la lesión en el nervio ciático. Anota que si bien el personal médico le advirtió a la paciente sobre una posible recuperación espontánea en un lapso de 3 a 6 meses, ellos ya sabían que habían secuelas permanentes que causaban una perturbación funcional del órgano de la locomoción.

El 16 de octubre de 2012 la paciente asistió al primer control posterior a su egreso del hospital, y ante la falta de mejoría de sus síntomas asociados a la falta de movilidad del miembro inferior izquierdo, el galeno decidió realizar una junta médica de ortopedistas.

La junta médica se realizó el 24 de noviembre de 2012, en la que los profesionales de la salud atribuyeron el daño del nervio ciático a una enfermedad de base, concretamente el lupus que la paciente padece desde hace aproximadamente 18 años. La demandante llama la atención sobre el hecho de que la junta haya sido realizada únicamente por 2 especialistas y no por 3, y que en ella haya participado el médico que realizó la primera intervención quirúrgica, en la que le instalaron una prótesis de mayor tamaño al que necesitaba, lo que ocasionó el estiramiento y posterior daño del nervio ciático, aspecto que le resta credibilidad a este concepto. Además, itera que desde las primeras valoraciones la paciente ingresó por sus propios medios y nunca se le identificó o detectó señal alguna de daño nervioso, por lo que en su sentir, este concepto pretende enmascarar la real causa del daño, que se entrelaza con el procedimiento que le fue practicado.

Cuestiona la parte actora que en la historia clínica existan inconsistencias e incoherencias, pues en algunos apartados se refiere que la lesión del nervio ciático es efecto de la práctica quirúrgica en la que se utilizó una prótesis de mayor longitud a la que se requería, mientras que en otros segmentos se atribuya la afectación a una enfermedad de base como el lupus.

El 11 de diciembre de 2012, la paciente tuvo que acudir a valoración psiquiátrica, debido al estado depresivo e insomnio que presentaba como consecuencia de la lesión del nervio ciático, la necesidad de usar férula y caminador de manera permanente, así como el diagnóstico de que quedaría de por vida con el pie caído.

✚ La señora LUZ ELENA VELÁSQUEZ fue valorada por ortopedia el 22 de enero de 2013, cita en la que le recomendaron una intervención quirúrgica para implantar nuevos tendones en el pie izquierdo para recuperar algún grado de movilidad, lo que llama la atención de la parte demandante, quien cuestiona que si supuestamente la causa de la lesión del nervio era una enfermedad degenerativa y no un trauma quirúrgico, se haya sugerido una nueva operación para corregir la situación.

✚ En un nuevo control por ortopedia, llevado a cabo el 1° de abril de 2013, el especialista sugirió calificación de pérdida de capacidad laboral por la persistencia de la lesión y el mal pronóstico para la movilidad de la paciente.

✚ A la señora LUZ ELENA VELÁSQUEZ le fue practicada una electromiografía el 7 de abril de 2013, en la que se precisa que el daño del nervio ciático es irreparable y la secuela funcional es crónica.

✚ Debido a su estado de minusvalía, la actora no ha podido volver a trabajar, con el consecuente detrimento para su patrimonio.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Para brindarle sustento a las pretensiones resarcitorias, la parte accionante expone que la atención médica brindada a la paciente LUZ ELENA VELÁSQUEZ no se ciñó a los postulados de accesibilidad, oportunidad, seguridad, pertinencia y continuidad que consagra el Decreto 1011 de 2006, pues por su negligencia, imprudencia y violación de los protocolos o guías, la parte demandada causó la lesión en el nervio ciático, específicamente por haber implantado una prótesis de mayor tamaño de la que requería, lo que derivó en los daños descritos en la demanda y en la pérdida de oportunidad de recuperación de su salud.

Cuestiona el hecho de que la segunda intervención quirúrgica haya tenido lugar 5 días después de que se detectó que la prótesis era de mayor tamaño al que se necesitaba, al tiempo que recalca que la NUEVA EPS como parte del Sistema de Seguridad Social tiene bajo su cargo la administración de los riesgos que se ciernen sobre la salud de sus afiliados, así como el establecimiento de procedimientos que garanticen la calidad en la atención, lo que tampoco excluye la responsabilidad de las IPS demandadas, que prestaron el servicio de manera deficiente.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA (REVISAR REDACCIÓN DESDE ACÁ)

➤ La **E.S.E. HOSPITAL DE CALDAS** se pronunció en oposición a las pretensiones de la parte demandante, con libelo de folios 340 a 353 del cuaderno principal, aludiendo principalmente que la paciente no fue atendida por esa entidad sino por **SERVICIOS ESPECIALES DE SALUD S.E.S.**, que hizo el diagnóstico y los procedimientos quirúrgicos, por lo que no existe ningún tipo de nexo entre los hechos narrados en la demanda y esa E.S.E, de la que aclara, no presta servicios médicos desde el año 2004.

Como medios de defensa plantea la ‘FALTA DE LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA POR PASIVA’, en tanto no fue ese ente quien brindó la atención médica a la que se alude en la demanda; ‘INNOMINADA’; ‘INEXISTENCIA DE RESPONSABILIDAD ADMINISTRATIVA DEL HOSPITAL DE CALDAS ESE’ por falta de los elementos que estructuran la responsabilidad, especialmente la falla del servicio atribuible a esa empresa social; y ‘AUSENCIA DE CULPA’, ya que no incurrió en ninguna de las causales previstas en la ley, que determinan la existencia de este elemento subjetivo.

➤ **SERVICIOS ESPECIALES DE SALUD S.E.S** hizo lo propio con el escrito

que se halla de folios 395 a 410 del cuaderno 1 A, en el que refuta que la paciente estuviera en buenas condiciones a su ingreso al centro asistencial, pues en la historia clínica se refirió necrosis avascular de la cabeza femoral secundaria a enfermedad lúpica, y antes de la cirugía, la señora VELÁSQUEZ OSORIO firmó el consentimiento informado que advertía sobre la posibilidad de que se requiriera una segunda intervención. Respecto a los cuestionamientos que hace la parte actora al actuar médico, expone que en su mayoría se trata de apreciaciones subjetivas sin ningún soporte científico.

Menciona que existen otros hechos presentes en la historia clínica de la paciente y que fueron omitidos en la demanda, por ejemplo, que en la cita de 3 de marzo de 2015 a la accionante LUZ ELENA VELÁSQUEZ se le practicó neurolisis, y se le programó nuevo procedimiento al cual no asistió. Además, que de acuerdo con la historia, se le brindó la atención diagnóstica y quirúrgica requerida y que la imputación carece por completo de cualquier base médica y científica, pues la entidad le precisó toda la atención y los servicios dirigidos a la recuperación de su salud, con un personal idóneo. Itera que los hechos que dan cuenta de la atención de la demandante que están consignados en la historia clínica son diáfanos, más allá de la interpretación subjetiva y emocional que se les da en la demanda.

Precisa que la parte actora no demuestra una relación de causalidad entre las cirugías practicadas y las secuelas que presenta, se basa en interpretaciones subjetivas sin fundamento, recordando que la obligación del personal médico es de medio y no de resultado.

Propuso como excepciones las que tituló 'AUSENCIA DE NEXO CAUSAL', a raíz de la falta de una vinculación probada entre los actos llevados a cabo por el personal médico y las secuelas que presenta la demandante,

pues de ninguna parte de la historia clínica se deriva la tesis esbozada por la parte actora, por el contrario, dichas secuelas existían antes de las cirugías y los riesgos fueron aceptados por la paciente; ‘FUERZA MAYOR Y CASO FORTUITO’, por cuanto el ente hospitalario no estaba obligado a lo imposible, ya que la accionante ingresó al servicio de urgencias con una patología que requería varias intervenciones; ‘EXONERACIÓN DE RESPONSABILIDAD POR ADVERTENCIA DE LOS RIESGOS PREVISTOS - CONSENTIMIENTO INFORMADO’, pues la accionante fue advertida de las posibles secuelas con antelación a las 2 intervenciones quirúrgicas; y la ‘GENÉRICA’.

➤ Finalmente, la **NUEVA EPS** también contestó la demanda con una postura opuesta a las pretensiones de la parte demandante /fls. 622-648 cdno. 1/. Como consideraciones preliminares, refiere que la responsabilidad médica es fuente de obligaciones pero no puede traducirse en una vía de enriquecimiento en detrimento de la salud de otras personas, además, aclara que sus funciones como EPS de acuerdo con lo previsto en el artículo 177 de la Ley 100 de 1993 son de afiliación, recaudo y garantía, no de la práctica médica, que competen a otros actores del sistema de salud.

También indicó que los antecedentes de la paciente fueron un elemento determinante en el resultado no esperado que terminó produciéndose, refiriéndose de manera concreta al lupus eritematoso que padecía hace cerca de 17 años y que le ocasionó la necrosis avascular de cadera, por lo que requirió el trasplante que en efecto se le practicó, con los riesgos normales asociados a este procedimiento.

Alude que la actuación médica estuvo apegada a la *lex artis*, pues la patología fue diagnosticada de manera oportuna, la paciente recibió valoración por profesionales idóneos tanto en su enfermedad de base

como en las complicaciones que padeció, así como el tratamiento adecuado, que es el reemplazo total de cadera. Alega que no existe una sola actuación dentro del plenario que sea imputable a la EPS, quien por el contrario, cumplió su deber de aseguramiento poniendo a disposición de la paciente los centros hospitalarios reconocidos para su tratamiento.

Seguidamente formuló las siguientes excepciones: ‘CADUCIDAD’ con base en lo dispuesto en el canon 164 de la Ley 1437 de 2011; ‘INEXISTENCIA DE RESPONSABILIDAD POR RUPTURA DEL NEXO CAUSAL POR HECHO O SITUACIÓN PROPIA DEL PACIENTE - CULPA DE LA VÍCTIMA’, dada la existencia de enfermedades de base y concomitantes que dieron lugar al resultado dañoso; ‘INEXISTENCIA DE DAÑO INDEMNIZABLE IMPUTABLE A LA NUEVA EPS’, ya que la atención médica fue la requerida por la afiliada, con independencia de los diagnósticos y tratamientos que son del resorte de la I.P.S.; ‘INEXISTENCIA DE HECHO ILÍCITO Y CABAL CUMPLIMIENTO DE LAS OBLIGACIONES DE LA NUEVA EPS’, quien aseguró en todo momento el acceso de la demandante a los servicios de salud, nunca la dejó de atender ni de poner a su disposición los medios para su tratamiento; ‘INEXISTENCIA DEL FACTOR DE IMPUTACIÓN: CULPA A TÍTULO DE FALLA EN EL SERVICIO’, ‘AUSENCIA DE CULPA DE NUEVA EPS’, pues en lo que resulta de su competencia, suministró todos los medicamentos, tratamientos, pruebas y órdenes requeridos por la demandante; ‘INEXISTENCIA DEL NEXO CAUSAL ENTRE LA ACTIVIDAD DE NUEVA EPS Y EL RESULTADO FINAL’, por las diferencias que existen entre el acto médico y el acto institucional; ‘EN RESPONSABILIDAD MÉDICA LOS ACTORES NO ESTÁN OBLIGADOS A LO IMPOSIBLE (OBLIGACIÓN DE MEDIO NO DE RESULTADO)’, aduciendo que las actuaciones médicas estuvieron dadas en el marco de las posibilidades, pensadas siempre en la recuperación de la paciente y que no pueden exigirse resultados más allá de las posibilidades físicas; ‘INEXISTENCIA DE YERRO INEXCUSABLE EN EL ACTUAR MÉDICO Y LA IPS TRATANTE, EXISTENCIA DE RIESGO INHERENTE

EN LA CIRUGÍA PRACTICADA, RESPONSABILIDAD DE MEDIO Y NO DE RESULTADO’, repitiendo el tipo de responsabilidad que enmarca la conducta médica; ‘CARENCIA ABSOLUTA DE PRUEBA DE NEXO CAUSAL ENTRE LA OMISIÓN ENDILGADA A NUEVA EPS Y EL DAÑO ALEGADO’; ‘ENRIQUECIMIENTO SIN CAUSA Y COBRO DE LO NO DEBIDO’, porque las pretensiones desbordan el marco establecido por la jurisprudencia nacional; y la ‘GENÉRICA’.

PRONUNCIAMIENTO DE LAS LLAMADAS EN GARANTÍA

Con el auto de folios 762 a 763 del cuaderno 1C, el juez de primera instancia admitió los llamamientos en garantía formulados por SERVICIOS ESPECIALES DE SALUD - SES a LA PREVISORA S.A., y por la NUEVA EPS a la también demandada SERVICIOS ESPECIALES DE SALUD- SES.

En su escrito de respuesta, presentado de manera oportuna, la aseguradora llamada en garantía se opuso a las pretensiones de la parte actora y por ende, a cualquier declaratoria de responsabilidad en su contra /fls. 772-803 ídem/.

Frente a la demanda, planteo como medios de excepción los que tituló ‘INEXISTENCIA DE RELACIÓN DE CAUSA A EFECTO ENTRE LOS ACTOS DEL EQUIPO MÉDICO, ES DECIR, EL SERVICIO PRESTADO POR SERVICIOS ESPECIALES DE SALUD, Y LAS APARENTES SECUELAS DE LA SEÑORA LUZ ELENA VELÁSQUEZ OSORIO’, de la que indica que la historia clínica revela que el padecimiento de salud de la accionante no fue causado por el equipo médico que la atendió ni por la entidad demandada; ‘INEXISTENCIA DE OMISIÓN POR PARTE DEL HOSPITAL DE CALDAS - SERVICIOS ESPECIALES DE SALUD’, dado que no se demostró ni obra prueba en el expediente de la supuesta conducta imprudente, negligente e imperita que se imputa con la demanda; ‘EXONERACIÓN POR ESTAR

PROBADO QUE EL EQUIPO MÉDICO DEL HOSPITAL DE CALDAS -SERVICIOS ESPECIALES DE SALUD EMPLEÓ LA DEBIDA DILIGENCIA Y CUIDADO EN LA ATENCIÓN MÉDICA DE LA SEÑORA LUZ ELENA VELÁSQUEZ OSORIO', en la medida que el grupo médico empleó los procedimientos y cuidados recomendados por la ciencia para la patología que presentaba la demandante, atención que fue suficiente y oportuna, y en ninguna parte de la historia clínica se evidencia que las secuelas sean consecuencia de la negligencia o el inadecuado servicio prestado por el S.E.S; 'INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN DE INDEMNIZAR POR AUSENCIA DE LOS ELEMENTOS ESTRUCTURALES DE LA RESPONSABILIDAD', ya que está probado que la atención brindada no puede catalogarse como imprudente, imperita o negligente, y no fue la causa eficiente del padecimiento posterior; 'AUSENCIA DE CULPA Y CONSECUENTEMENTE DE RESPONSABILIDAD', al ser la obligación de los galenos de medios y no de resultados, atañe a la parte actora probar la culpa, negligencia o prácticas por fuera de los cánones científicos, lo cual no ocurrió, pues se limitaron a afirmar la ausencia de curación de la paciente; 'FALTA DE LOS PRESUPUESTOS QUE CONFIGURAN LA RESPONSABILIDAD CIVIL EN NUESTRA LEGISLACIÓN. EL ACTO MÉDICO', indicando que no se acreditó un comportamiento reprochable de la institución médica; 'COBRO EXCESIVO DE LOS PERJUICIOS MORALES Y DAÑO A LA VIDA EN RELACIÓN', excepción que formula como subsidiaria, porque lo pedido excede los límites trazados por la jurisprudencia; y finalmente la de 'CADUCIDAD', por haberse superado el término de 2 años previsto en la ley para acudir ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo;

Respecto al llamamiento en garantía, planteó las excepciones de 'SUJECCIÓN DE LAS PARTES AL CONTRATO DE SEGURO Y A LAS NORMAS LEGALES QUE LO REGULAN', pide que el vínculo contractual que existe entre la llamante y la llamada en garantía sea el marco exclusivo del análisis, con base en el canon 1602 del Código Civil; 'INEXISTENCIA DE

OBLIGACIÓN AL NO EXISTIR RESPONSABILIDAD IMPUTABLE AL ASEGURADO', pues la entidad hospitalaria no es culpable de los hechos que se demandan; 'PRESCRIPCIÓN DE LAS ACCIONES DERIVADAS DEL CONTRATO DE SEGURO' atendiendo lo dispuesto en el artículo 1081 del Código de Comercio; 'LÍMITE DE COBERTURA EN CUANTO AL PAGO DE INDEMNIZACIONES POR DAÑOS PATRIMONIALES', planteada como subsidiaria, en caso de ser condenada la accionada, solo responde hasta el monto pactado, que asciende a \$ 600'000.000; 'LÍMITE DE AMPARO ASEGURADO BAJO LA PÓLIZA OBJETO DEL LLAMAMIENTO EN GARANTÍA', de acuerdo con lo previsto en el artículo 1073 de la legislación comercial; 'DEDUCIBLE A CARGO DEL ASEGURADO', que corresponde a un porcentaje del 10% con un mínimo de \$ 5'000.000; 'AUSENCIA DE COBERTURA', fundamentada en que la reclamación no fue presentada dentro del término pactado; y 'GENÉRICA'.

LA SENTENCIA DE PRIMER GRADO

El Juzgado 5° Administrativo del Circuito de Manizales dictó sentencia negando las pretensiones de la parte actora en los términos que pasan a compendiarse /fls. 455-468 cdno. 1D/.

Para el juez de primera instancia, se encuentra acreditado el daño irrogado a la paciente LUZ ELENA VELÁSQUEZ OSORIO según la historia clínica, sin embargo, de acuerdo con la prueba testimonial técnica recaudada, la lesión del nervio ciático es un riesgo inherente a la cirugía de remplazo total de cadera que le fue practicada a la demandante, quien además, tenía un factor de riesgo adicional como lo es la enfermedad de lupus eritematoso, que la hacía más propensa a este padecimiento. Adicionalmente, estimó que no fue la prótesis de mayor tamaño instalada a la paciente la que derivó en la lesión, sino que pudo

deberse a una multiplicidad de factores al momento de la intervención, como la luxación, la separación de tejidos o la reducción.

En suma, determinó que no existe ninguna prueba de una conducta médica negligente de parte de las demandadas, pues la lesión nerviosa es un riesgo natural dentro de este tipo de intervenciones, del cual estaba informada la accionante, quien consintió en ello. Respecto de la EPS, manifestó que autorizó los servicios requeridos de manera oportuna, por lo que no ha de reprochársele falla en el servicio, como tampoco de la E.S.E. HOSPITAL DE CALDAS, que no tuvo incidencia en la prestación del servicio médico.

EL RECURSO DE SEGUNDO GRADO

La parte demandante interpuso recurso de apelación contra el fallo de primera instancia, con el escrito visible de folios 970 a 973 del cuaderno 1 D.

Menciona que no comparte el concepto del despacho cuando basado en los testimonios, atribuye el daño del nervio ciático padecido por la accionante LUZ ELENA VELÁSQUEZ a la enfermedad de base, lupus eritematoso, de la cual, según dice, el testimonio del médico JHON JAIRO DUQUE es enfático en manifestar que no tiene potencial para afectar dicha estructura, por lo que insiste que fue la colocación de una cabeza de fémur más grande que la que debía ponerse, así como la tardanza en la segunda intervención quirúrgica, las que le negaron la posibilidad de que el daño no se hubiera presentado.

Añade que como lo manifestó el testigo médico OSCAR PADILLA, la segunda intervención se dio con el fin de acortar la prótesis, y que aunque la elongación del nervio ciático estaba dentro de los rangos

permitidos, no podía descartarse que la causa de la misma fuera el uso de una prótesis del mayor tamaño al debido, además, que al realizarse la segunda cirugía solo 4 días después, se le cercenó la oportunidad de poder recuperar su funcionalidad.

Sobre la pérdida de oportunidad, menciona que se trata de un daño autónomo y probado en el plenario, a partir de la negligencia médica que se deriva de que no se le practicó la segunda intervención quirúrgica de inmediato, una vez la paciente comenzó a presentar el problema conocido como “pie caído”.

ALEGATOS EN SEGUNDA INSTANCIA

En esta etapa intervinieron los siguientes sujetos procesales, según pasa a sintetizarse:

- **SERVICIOS ESPECIALES DE SALUD - SES** /fls. 8-14 cdno. 6/: reitera que los testimonios practicados permiten determinar que la enfermedad de base que padecía la demandante fue influyente en la afectación de su nervio ciático, que además la actora fue informada de los riesgos inmediatos y tardíos de este tipo de cirugías y consintió en los mismos. Anota que la atención médica brindada por esa entidad fue acorde con las patologías de base de la señora VELÁSQUEZ OSORIO, además, que no existe asidero médico ni científico que sustenten los hechos en los que se basa el libelo introductor.
- **NUEVA EPS** /fls. 15-26 cdno. 6/: considera que está desvirtuada la tesis de la parte demandante, toda vez que en el proceso se probó la existencia de una enfermedad de base, la inexistencia de un error médico, pues se adelantó el procedimiento que debía seguirse, que las consecuencias son inherentes a este tipo de intervenciones, y que la

conducta médica desplegada cumplió con los parámetros de la lex artis. Por ende, considera que no se configuran los elementos de la responsabilidad extracontractual del Estado, no está demostrada negligencia o error inexcusable de los demandados, la atención brindada cumplió con los parámetros médicos, la patología de base es la causa eficiente del resultado adverso para la paciente, y que existieron otras circunstancias no narradas en la demanda que pudieron coadyuvar a la perturbación de la movilidad de la extremidad inferior.

➤ **LA PREVISORA S.A.** /fls. 27-29 cdno. 6/: acota, en consonancia con lo fallado, que la parte actora no presentó ninguna prueba que permita endilgar responsabilidad de SERVICIOS ESPECIALES DE SALUD - SES, que adelantó la totalidad de acciones a su alcance para procurar la recuperación de la salud de la paciente, a lo que agrega que lo consignado en la historia clínica permite desvirtuar la supuesta atención negligente brindada por ese centro hospitalario.

CONSIDERACIONES DE LA SALA DE DECISIÓN

Pretende la parte demandante se declare administrativa y patrimonialmente responsable a la E.S.E. HOSPITAL DE CALDAS, SERVICIOS ESPECIALES DE SALUD -SES y LA NUEVA EPS, por los perjuicios causados a la señora LUZ ELENA VELÁSQUEZ OSORIO, como consecuencia de la afectación del nervio ciático, que los demandantes atribuyen a fallas en la intervención quirúrgica de reemplazo de la cadera izquierda.

PROBLEMAS JURÍDICOS

Atendiendo a la postura erigida por la apelante y lo que fue materia de decisión por el Juez *A quo*, el fondo del asunto se contrae a la dilucidación de los siguientes problemas jurídicos:

- *¿LE ASISTE RESPONSABILIDAD A LAS ENTIDADES HOSPITALARIAS Y LA EPS DEMANDADA POR LOS HECHOS QUE DESENCADENARON EN LA AFECTACIÓN DEL NERVIO CIÁTICO DE LA SEÑORA LUZ ELENA VELÁSQUEZ OSORIO?*
- *EN CASO POSITIVO ¿QUÉ PERJUICIOS DEBEN SER INDEMNIZADOS EN EL SUB LITE?*
- *¿DEBEN LAS LLAMADAS EN GARANTÍA REEMBOLSAR TOTAL O PARCIALMENTE LAS SUMAS POR LAS CUALES RESULTEN CONDENADAS LAS DEMANDADAS?*

(I)

RÉGIMEN DE RESPONSABILIDAD APLICABLE

El artículo 90 de la Constitución Política de 1991 dispone:

“El Estado responderá patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables, causados por la acción o la omisión de las autoridades públicas.

En el evento de ser condenado el Estado a la reparación patrimonial de uno de tales daños, que haya sido consecuencia de la conducta dolosa o gravemente culposa de un agente suyo, aquél deberá repetir contra éste.” /Resalta la Sala/.

Ante este postulado constitucional y la diversidad de supuestos fácticos en los cuales el Estado puede irrogar daños a los particulares, por vía jurisprudencial se han decantado varios títulos de imputación que responden a las características propias de los contextos en los que se

produce el hecho dañoso, así como a la dificultad probatoria que se deriva del carácter de algunas actividades.

En materia de responsabilidad estatal por actividades relacionadas con la prestación del servicio médico, los recientes pronunciamientos del máximo órgano de esta jurisdicción ratifican, a modo de regla general, que en el estudio de este tipo de casos debe acudir a la falla probada del servicio, con las implicaciones o cargas probatorias que de ella se derivan. Y se indica que se establece una regla general, por cuanto esta formulación no representa una imposición para el funcionario judicial, quien atendiendo a los pormenores de cada caso, puede optar por otro parámetro para desarrollar el juicio de imputación.

En sentencia de 7 de mayo de 2021, la Sección 3ª del Consejo de Estado aludió a esta regla, así como a la evolución jurisprudencial que representó la superación de la teoría de la falla presunta como régimen general en situaciones de responsabilidad médica, y al dinamismo probatorio que se deriva de esta específica tipología de casos (M.P. María Adriana Marín, Exp. 73001-23-31-000-2010-00704-01(51564):

“La jurisprudencia del Consejo de Estado ha considerado que, por regla general, el título de imputación aplicable en asuntos médico-sanitarios es el de la falla probada el servicio. Como consecuencia, le corresponde a la parte demandante demostrar el desconocimiento de la *lex artis* aplicable al caso concreto, en otros términos, la desatención a las obligaciones que emanan del conocimiento científico:

Este aspecto que no ha sido pacífico en la jurisprudencia, comoquiera que paralelamente a la postura que en una época propendió por cimentar la responsabilidad estatal en estos casos sobre la falla presunta del servicio, ha tenido acogida, igualmente, la posición -por lo demás prohijada por la Sala en sus más recientes fallos- de acuerdo con la cual el título jurídico de imputación a tener en cuenta en los supuestos en comento es el de la falla del servicio probada.

Así pues, de la aceptación -durante un significativo período de tiempo- de la aplicabilidad de la tesis de la falla del servicio presunta a este tipo de casos por entender más beneficioso para la Administración de Justicia que en lugar de someter al paciente a la demostración de las fallas en los servicios y técnicas científicas prestadas por especialistas, se impusiese a éstos -por encontrarse en las mejores condiciones de conocimiento técnico y real de cuanto hubiere ocurrido- la carga de atender los cuestionamientos que contra sus procedimientos se formulan por los accionantes¹, posteriormente se pasó al entendimiento de acuerdo con el cual el planteamiento en mención condujo a que en todos los litigios originados en los daños causados con ocasión de la prestación del

¹ Cita del original. “Especialmente a partir de la unificación de criterios en torno al tema, la cual tuvo lugar con la sentencia de 30 de julio de 1992, con ponencia del Magistrado Daniel Suárez Hernández, referida, junto con toda la evolución hasta entonces evidenciada en relación con este tipo de asuntos, en: Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 24 de agosto de 1992, rad. 6754”.

servicio médico asistencial se exigiese, a las entidades públicas demandadas, la prueba de que dicho servicio hubiere sido prestado debidamente, para posibilitarles la exoneración de responsabilidad, cuando en realidad “... no todos los hechos y circunstancias relevantes para establecer si las entidades públicas obraron debidamente tienen implicaciones técnicas o científicas. Habrá que valorar, en cada caso, si estas se encuentran presentes o no. Así, habrá situaciones en las que, sin duda, es el paciente quien se encuentra en mejor posición para demostrar ciertos hechos relacionados con la actuación de la entidad respectiva. Allí está, precisamente, la explicación del dinamismo de las cargas, cuya aplicación se hace imposible ante el recurso obligado a la teoría de la falla del servicio presunta, donde simplemente se produce la inversión permanente del deber probatorio”².

Con fundamento en dicha consideración, se determinó que la demostración de la falla en la prestación del servicio médico asistencial corre por cuenta de la parte demandante” /Cursivas del texto original, resaltados de la Sala/.

En el mismo fallo, la alta corporación reconoció que en el ámbito de la responsabilidad médica, las dificultades probatorias se incrementan, debido al carácter técnico y científico que tienen los hechos que sirven de base a las pretensiones de reparación, ante lo cual el ordenamiento

² Cita del original. Sección Tercera, sentencia del 7 de diciembre de 2004, exp. 14.421.

jurídico otorga libertad probatoria para adelantar el estudio de imputación, sin que ello implique que la responsabilidad haya de presumirse en estos casos:

“(…) Lo anterior no impide que la Sala reconozca, como lo ha hecho en oportunidades anteriores, la dificultad probatoria en punto al nexo causal que suelen tener los demandantes en este tipo de casos, dado el especialísimo carácter técnico inherente a los procedimientos médico asistenciales, por ello, esta Subsección ha sostenido:

Ahora bien, no pueden perderse de vista las dificultades que caracterizan la actividad probatoria en procesos como el que mediante el presente pronunciamiento se decide, habida cuenta de que la actividad médica entraña conocimientos técnicos y científicos de difícil constatación que, en determinados supuestos, le impiden al juez tener plena certeza sobre el nexo de causalidad existente entre un específico procedimiento médico y el resultado que al mismo se le pretende imputar. No obstante, la dificultad que conlleva el análisis de las pruebas en materia médica no faculta al juez para presumir la existencia del aludido nexo causal.

Empero, también se ha sostenido y así se reitera que, en aplicación del principio de libertad probatoria, el juez de la causa puede recurrir a cualquier medio demostrativo que le resulte útil para formar su convencimiento en relación con la existencia y las particularidades de los presupuestos fácticos relevantes para resolver de fondo la litis, mecanismos acreditativos entre los cuales el artículo 175 del Código de Procedimiento Civil consagra el indicio como uno de los que válidamente puede apreciar el operador judicial

*con el propósito de formar su íntima convicción (...)*³.

En este orden de ideas, si bien el régimen aplicable a los eventos en los cuales se discute la responsabilidad patrimonial del Estado por las actividades médico-sanitarias es, de manera general, el de la falla probada del servicio, la especial naturaleza de la actividad en estudio le permite al juez de la causa acudir a diversos medios probatorios (v.gr. prueba indiciaria) para formar su convencimiento acerca de la existencia del nexo de causalidad, sin que por ello se pueda afirmar que dicha relación causal se presume” /Destacados del Tribunal/.

El criterio pregonado, que como se indica resulta pacífico en la jurisprudencia reciente de esta jurisdicción⁴, permite definir los contornos esenciales del análisis de la responsabilidad por el acto médico, que pueden sintetizarse en lo siguiente: (i) el régimen de la falla probada como marco general de análisis; (ii) el consecuente deber de la parte actora de acreditar, además del daño, la desatención a la “lex artis”, entendida como los parámetros científicos que rigen la atención médica el caso concreto; (iii) el principio de libertad probatoria que rige el estudio de la responsabilidad, habida cuenta de las connotaciones propias de la ciencia médica; y (iv) el dinamismo en las cargas probatorias según las circunstancias de cada caso, sin que ello

³ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 27 de abril de 2011, exp. 19.192, M.P. Mauricio Fajardo Gómez.

⁴ Ver también Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, M.P. Marta Nubia Velásquez Rico, 9 de abril de 2021, Radicación número: 68001-23-33-000-2014-00026-01(60265).

pueda llegar a derivar en una presunción del nexo de causalidad como elemento de la responsabilidad.

(III)

CONCLUSIÓN DE LA SALA: EL CASO CONCRETO

El escenario que marca la discusión en el caso concreto se ubica en la supuesta falla en la prestación del servicio médico en que incurrieron las accionadas, que derivó en las secuelas que padece la señora LUZ ELENA VELÁSQUEZ OSORIO después de la cirugía de reemplazo de cadera, practicada en el S.E.S. HOSPITAL DE CALDAS el 23 de septiembre de 2012.

Principalmente, aduce la parte actora que la falla en el servicio médico se dio por la utilización de una cabeza de fémur más grande que la que debía implantarse, y por el tiempo que transcurrió entre la cirugía de reemplazo de cadera y la segunda intervención, cuando se cambió la prótesis por una más pequeña. De igual manera, y aun cuando no fue parte del debate judicial en primera instancia, el extremo actor incluyó dentro de los planteamientos del recurso de apelación contra el fallo, la supuesta pérdida de oportunidad en la recuperación de la salud de la señora VELÁSQUEZ OSORIO, aspecto sobre el cual se pronunciará la Sala ulteriormente.

Dadas las connotaciones del régimen de la falla probada del servicio, correspondía en principio a la parte actora demostrar que las accionadas se separaron de los cánones científicos que debían seguir en el curso de la atención médica de la paciente VELÁSQUEZ OSORIO, aspecto que precisamente ante su falta de acreditación, dio lugar a la decisión negativa frente a las pretensiones de la parte demandante en el fallo de primera instancia.

En este contexto, el Tribunal advierte, en análogo sentido que lo hizo el juzgador de primer grado, que la parte actora no cumplió con la carga consagrada en el artículo 167 del C.G.P., pues únicamente pidió como pruebas los testimonios encaminados a demostrar los perjuicios morales padecidos por la actora y su grupo familiar, los certificados laborales y declaraciones extra juicio, así como certificación del tipo de contratación de la NUEVA EPS con SERVICIOS ESPECIALES DE SALUD S.E.S /fls. 311-312 cdno. 1, 862 cdno. 1 D/, elementos que en nada se entrelazan con el principal punto de debate, como lo es la atribución de responsabilidad a las demandadas o la existencia de un procedimiento al margen de la *lex artis*, como se precisa en los casos relacionados con la falla del servicio médico.

La parte demandante no aportó - y *ni siquiera pidió*- una prueba pericial o cualquier otro medio de convicción que permitiera cuando menos sugerir que la parte demandada desatendió el marco que la ciencia médica le imponía en la atención de la patología de la señora LUZ ELENA VELÁSQUEZ OSORIO, y si bien el Tribunal no desconoce las dificultades que este tipo de casos presentan en materia probatoria, conforme lo señala la jurisprudencia traída a colación, ello tampoco deriva que la parte actora pueda sustraerse por completo de este deber, o que los hechos que sustentan la imputación deban entenderse exentos de prueba.

Por ende, los únicos medios probatorios que militan en el cartulario son los testimonios solicitados por la parte demandada y la historia clínica de la paciente, a los que se referirá esta Sala.

PRUEBA TESTIMONIAL

JHON JAIRO DUQUE RESTREPO: manifiesta que conoció únicamente el caso de la paciente por su intervención el 23 de septiembre de 2012, cuando se pidió su concepto sobre los medicamentos que se le estaban suministrando, y conceptuó que no presentaba contraindicaciones para llevarla al procedimiento quirúrgico. En su condición de internista, expresa que son pocos pacientes con lupus que valora, pero expresa que la enfermedad es sistémica, tiene predilección por los músculos, por lo que puede causar muchas secuelas, generalmente produce dolores articulares y musculares, puede comprometer piel, mucosas, órganos y el sistema nervioso periférico.

Sobre la necrosis avascular de fémur, explica que los vasos que irrigan la cabeza del hueso se obstruyen, por lo que la cabeza del hueso se necrosa y se pierde, volviéndola no funcional, por lo que los ortopedistas disponen un reemplazo de cadera. Anota que la paciente usaba esteroides por su enfermedad de base, y el uso de estas sustancias a largo plazo y en altas dosis puede causar efectos como inflamaciones musculares, se considera que existe uso crónico de esteroides a partir de las 2 semanas.

Indagado por la parte actora, dice que es difícil establecer una causa - efecto del lupus y el daño del nervio ciático, pero sobre la base de una enfermedad de tantos años y el uso de medicamentos, puede favorecer que exista un compromiso más grande que en la población general. Sobre la cantidad de médicos que debe integrar una junta médica, relata que normalmente basta una pluralidad de expertos, desde que haya más de uno se considera que existe un segundo concepto, por lo que resulta válida.

NÉSTOR AUGUSTO OROZCO CASTAÑO: es médico ortopedista, sub especialista en reemplazo de articulares, miembro de la Sociedad

Colombiana de Ortopedia, con 13 años de experiencia en esa especialidad.

Relata que la paciente consultó por un dolor de cadera, con diagnóstico de necrosis avascular de la cadera relacionado con un lupus eritematoso, por el mal pronóstico de la cadera se decidió hacer un reemplazo, el procedimiento se llevó a cabo sin complicaciones y en el post operatorio se presentó una limitación en la movilidad del pie, se encontró una lesión del nervio ciático, que es uno de los riesgos inherentes a estos procedimientos, y en la paciente había una mayor susceptibilidad a presentarse porque la enfermedad es del colágeno y predispone la afectación de nervios.

Prosigue indicando que en la cirugía hubo que hacer un alargamiento de la extremidad de 8 milímetros, que es una medida completamente tolerable en una estructura que tiene 240 milímetros, pues la literatura médica contempla hasta 3 centímetros. La lesión del nervio pudo darse en la reducción o en la separación de tejidos y analizada la lesión con el grupo de ortopedia, pensaron que para quitar tensión al nervio, se debía colocar una prótesis más corta, aun cuando existía riesgo sobre la estabilidad de dicha estructura.

Señala que él programó la cirugía de cambio de la cabeza femoral. La evolución no fue buena, él le explicó a la paciente que la lesión del nervio se dio en el marco del procedimiento quirúrgico, pero había una susceptibilidad, además de otras causas que podían lesionar el nervio, como hematomas, el acortamiento de la extremidad, fractura, pero itera que el alargamiento de 8 mm está dentro del rango de seguridad y se trató de manera temprana con un acortamiento de la extremidad. Acota que a la paciente se le propuso esperar 6 meses para estimular el nervio y si no había mejoría, realizar transferencias tendinosas.

Sobre el dolor que presentó la paciente después de la cirugía, expone que fue causado por las lesiones nerviosas y acerca de la composición de la junta médica con solo 2 médicos, dice que no encontraron inhabilidades para rendir concepto, además la junta fue citada por otro médico que ya tenía un concepto.

Precisa que hay pacientes en los que se alarga la extremidad hasta 3 cm sin presentar lesión nerviosa, por lo que si bien el lupus no es la causa directa de la afectación, sí coadyuva en predisponer a lesiones neurológicas. Además, dice que todos los procedimientos quirúrgicos tienen riesgos, entre ellos las lesiones neurológicas, son riesgos inherentes al procedimiento que fueron informados a la paciente según obra en la historia clínica, recuerda que se tomaron el tiempo de explicarle cuáles eran los riesgos, y anota que la idea de los médicos era lograr lo mejor para el paciente, informar al paciente de los riesgos es una norma de protocolo del hospital, sin ello no se puede ingresar a la sala de cirugía.

Agrega que había un grupo de ortopedia, en la historia clínica reposa el concepto de 4 profesionales de esta especialidad, la paciente tenía la muerte de la cabeza del fémur asociada a un lupus eritematoso, por lo que el procedimiento a seguir era practicar un reemplazo de cadera, lo cual está soportado en la literatura científica, y para mayor seguridad operaron entre 2 ortopedistas, se produjo una lesión del nervio ciático que es uno de los riesgos inherentes al procedimiento, pero en modo alguno puede decirse que se haya alterado o desatendido el protocolo o los estándares de lo que hay que hacer con el paciente en estos casos.

Preguntado si la paciente presentaba alguna discapacidad antes de la primera cirugía, dice que el diagnóstico era una necrosis avascular que le

producía dolor, cojera y limitación funcional, el procedimiento de descompresión de la cabeza del fémur que se intenta en estos casos ya no estaba indicado en la señora VELÁSQUEZ OSORIO por el grado de necrosis, por lo que el paso a seguir era el reemplazo de cadera, y repite que la paciente llegó al hospital con dolor, cojera y limitación funcional.

Describe el procedimiento realizado como grande, invasivo, traumático, que implica la manipulación de la cadera, por lo que tiene riesgos inherentes, y precisamente para disminuirlos se hizo el procedimiento entre 2 especialistas. La lesión para doblar el tobillo hacia arriba es uno de los peligros que apareja la intervención, esa lesión neurológica es inherente a todo el procedimiento. La complejidad está dada por tratarse de una paciente joven, con una necrosis de la cabeza del fémur, con una enfermedad de base que incluso comprometía la función renal, es un reto para los médicos, tiene un gran riesgo de infecciones por la enfermedad de base y el consumo de esteroides que baja las defensas, era difícil desde todo punto de vista, pero principalmente por la enfermedad de base.

Sobre el cambio de la cabeza del fémur por una más pequeña, explica que la elongación o alargamiento del nervio ciático que pasa por detrás de la cadera puede darse al momento de la luxación para practicar la intervención, e itera que en el caso concreto el alargamiento de 8 mm está dentro del rango normal, que va hasta 2 cm, ese pudo ser uno de los posibles factores para la lesión del nervio, sin que exista seguridad sobre ello, y además sumado a la enfermedad de base. Anota que por esa razón decidieron cambiar la prótesis por una más pequeña, para disminuir la elongación, y que al colocarse una cabeza más pequeña, también hay riesgo de que prótesis quede inestable y de que haya luxación de la misma, por todos esos riesgos es que se tiene el concepto de varios especialistas.

Aclara que no participó en la segunda cirugía, ni conoce si la paciente de manera posterior acudió a la alternativa de la transferencia tendinosa para remediar la situación, acotando que existen otras opciones como medicamentos. Repite que el alargamiento de la extremidad es una posible causa de la lesión nerviosa pero no la única, eso sucede en muchos reemplazos articulares en todas partes del mundo, no se trata de un caso aislado.

Indagado por el apoderado de la parte demandada sobre la supuesta demora injustificada que existió entre la primera y la segunda intervención, o una posible pérdida de oportunidad, manifiesta que en su concepto no se presentó, porque el alargamiento en otras condiciones no debería producir lesión del nervio, pues debe sumarse a la enfermedad de base que padecía la señora VELÁSQUEZ OSORIO. Agrega que la realización de la segunda cirugía fue una decisión difícil, porque acortar la prótesis podía implicar luxación y la paciente hubiera quedado en condiciones peores, por lo que el caso fue discutido por varios especialistas, quienes desde el primer momento intentaron hacer lo mejor por la paciente.

También exterioriza que la señora LUZ ELENA VELÁSQUEZ tenía un antecedente de imposibilidad para la marcha desde hacía 3 meses, estaba desarrollando un síndrome de inmovilidad, por lo que se trataba era de calmar el dolor y recuperar la movilidad, es decir, de no hacerse la cirugía haría quedado sin caminar porque la enfermedad es progresiva.

Posteriormente, explica que la elongación de la extremidad es una maniobra de rutina en este tipo de cirugías y normalmente no lesiona en nervios ciático en la mayoría de los pacientes, por lo que en el caso de la señora VELÁSQUEZ influía la enfermedad de base, por eso en su

concepto, debía haber una recuperación espontánea que no ocurrió lamentablemente en el caso concreto. Al profundizar en esta explicación, reseña que el procedimiento per se implica tracción de los tejidos y lesión de los nervios que en un gran porcentaje de los casos se recuperan de forma espontánea. El nervio ciático es posterior a la cadera, por lo que está mayormente expuesto en el caso de abordajes posteriores, y en este caso la incisión o abordaje fue lateral, también puede afectarse como se ha dicho por la luxación y tracción que implica la operación, pero que en la mayoría de pacientes se toleran, por lo que está convencido que en el caso concreto la falta de tolerancia a estos procedimientos tiene que ver con su enfermedad de base.

Ulteriormente, al testigo se le insistió en que si el hecho de no hacer la segunda intervención de manera inmediata y no a los 4 días, influyó en el resultado que finalmente se presentó, a lo que contestó que no tiene relación, porque los nervios cuando son lesionados no se recuperan sino hasta un término de meses, y la decisión fue para quitarle tensión al nervio sin que se pudiera determinar que esta elongación fue un factor definitivo. Incluso, plantea que la decisión se discutió con el grupo de ortopedia y con la paciente, iterando que la lesión del nervio se recupera de manera espontánea en la mayoría de los casos.

OSCAR JULIÁN PADILLA: es médico especialista en ortopedia, subespecialista en ortopedia del deporte y al año practica un promedio entre 2.000 y 3.000 cirugías.

Recuerda haber atendido a la señora LUZ ELENA VELÁSQUEZ una revisión de prótesis de cadera por compromiso neurológico, con el fin de darle relajación a la extremidad y al nervio ciático, aun a sabiendas que se podría comprometer la estabilidad de la prótesis. Indica que no puede determinar la causa de la lesión del nervio ciático, y que la patología de

La paciente se halla prevista como uno de los riesgos inherentes a los reemplazos articulares.

Manifiesta que no es concluyente decir que el daño se produjo por colocar una cabeza femoral de mayor tamaño, pues la elongación estuvo dentro de los márgenes permitidos en este tipo de procedimientos, que va hasta 3 o 4 centímetros, por lo que estadísticamente esta no sería la causa. Al efecto, plantea que durante la tracción se hace una elongación que es necesaria y temporal para instalar la prótesis, y que en el caso de la paciente, las opciones eran retirar la prótesis o colocar una más corta, que fue la que eligió, aun con riesgo de luxación, pero lo hizo para recuperar el nervio. La posibilidad de no recuperarse, como en efecto ocurrió, era una de las posibilidades de la cirugía, la afectación del nervio ciático es una posible complicación, pero no era previsible, la única forma de prevenirlo era no realizar la cirugía, es decir, era un riesgo inherente al procedimiento. El médico y el paciente tomaron la decisión de manera conjunta, por eso hay un proceso de consulta y un consentimiento informado.

Opina que si no se hubiera hecho la primera cirugía, la necrosis avascular continuaba deteriorando la cadera, la cabeza del fémur colapsa y hace que la cadera colapse totalmente, con dolor intenso, la paciente probablemente estaría en una silla de ruedas por dolor e impotencia para caminar. Reitera que su intervención tuvo lugar en la segunda cirugía, en la cual no observó nada inusual ni ninguna anomalía en el primer procedimiento, halló una prótesis bien puesta, y tomó la decisión de poner una prótesis más corta aun con el riesgo de que hubiera que practicar una tercera cirugía por inestabilidad de la prótesis. Anota que el lupus que presentaba la paciente podía afectar una multiplicidad de tejidos, entre ellos el nervio ciático.

Acerca del lapso que transcurrió entre la primera y segunda cirugía, expone que cuando hay lesión del nervio hay pocas posibilidades de recuperación y cuando la asimetría no es grande como en este caso, no existen muchas posibilidades de recuperación, no había cómo corregir algo que no es corregible, si hubiera hallado anormalidad en la prótesis tal vez sí, pero en la forma como encontró la prótesis correctamente instalada, no había que corregir.

HISTORIA CLÍNICA

Las conclusiones que deja la prueba testimonial decretada a instancias de las entidades accionadas, y a las que acaba de referirse la Sala, se compaginan con la historia clínica de la señora LUZ ELENA VELÁSQUEZ OSORIO, que milita de folios 13 a 43 del cuaderno 1, y 435 a 540 del cuaderno 1 B.

De las notas médicas, se destaca la datada el 7 de septiembre de 2012, que corresponde a la consulta con fisioterapia, en la que ya se advertían dificultades para la movilidad de la señora LUZ ELENA VELÁSQUEZ OSORIO, según se indica: *‘A LA EVALUACIÓN PRESENTA DOLOR A NIVEL DE CADERA Y RODILLA DE 10/10 EN EAD Y EN LAS MANOS (...) MARCHA: ANTALGICA SIN AYUDA EXTERNA, ABC: DIFICULTAD PARA LAS ACTIVIDADES DE LA LOCOMOCIÓN Y PARA COGER OBJETOS LIVIANOS (...)’* /fl. 465 cdno. 1 D/.

Así mismo, el 18 de septiembre de 2012, es decir, también antes de la primera cirugía de reemplazo de cadera, que fue el 23 de septiembre del mismo año, se hizo constar por los médicos: *‘PACIENTE CON ANTECEDENTES DE LUPUS ERITEMATOSO SISTÉMICO Y NEFRITIS LUPICA SECUNDARIA QUE VIENE CON REMISIÓN DE CONSULTA EXTERNA DE ORTOPEDIA DE SU EPS PARA PROCEDIMEINTO QUIRÚRGICO DE*

DESCOMPRESIÓN DE CABEZA FEMORAL Y TUNELIZACIÓN POR NECROSIS AVASCULAR DE CABEZA DE FEMUR IZQUIERDO. SEGÚN LA PACIENTE Y LA HISTORIA HACE TRES AÑOS HA VENIDO CON DOLOR EN LA CADERA IZQUIERDA QUE HA EMPEORADO HACE VARIAS SEMANAS CON INCAPACIDAD PARA LA MARCHA' /Resalta el Tribunal/.

La importancia de estas anotaciones radica en que como lo sostienen las entidades demandadas, en consonancia con el criterio médico expuesto en la prueba testimonial, no es posible atribuir la pérdida de movilidad en la extremidad inferior izquierda ni la imposibilidad para desplazarse de la señora VELÁSQUEZ OSORIO a las cirugías practicadas, pues este registro denota que estas problemáticas se presentaban con años de anterioridad y eran consecuencia de la necrosis vascular de la cabeza del fémur izquierdo, todo ello potencializado por un factor determinante como la enfermedad de base que padece la accionante, LUPUS ERITEMATOSO, con las consecuencias que esta patología aparea y a las que el Tribunal se referirá en líneas posteriores.

Es por ello que si bien se manifestó en la demanda que la señora VELÁSQUEZ OSORIO asistió a sus primeros controles médicos desplazándose por sus propios medios, lo cierto es que ya existían antecedentes de fuerte dolor e imposibilidad para la marcha, como también lo reseñó el médico OROZCO CASTAÑO en la nota que realizó a la historia clínica el 24 de noviembre de 2012 en la que indica: *'CONSIDERAMOS QUE LA NEUROPRAXIA ESTÁ ASOCIADA A LA ENFERMEDAD DE BASE EL LUPUS QUE LA PACIENTE PRESENTA DESDE HACE 18 AÑOS (...)' /fl. 12 cdno. 1/.*

De otro lado, fue el mismo médico quien atendió a la paciente el 19 de septiembre de 2012, y como lo afirmó en su testimonio, solicitó el concepto del resto de ortopedistas de la entidad hospitalaria a fin de

determinar si el tratamiento idóneo para la necrosis avascular de cadera que presentaba la paciente, era la descompresión de la cadera o su reemplazo total, que en su opinión era la mejor opción. Así lo describió en la historia clínica: *'SE OBSERVA EN LA RADIOGRAFÍA Y EL (sic) LA RESONANCIA MAGNÉTICA, NECROSIS A VASCULAR DE MÁS O MENOS EL 30% DE LA CADERA IZQUIERDA POR LA PATOLOGÍA DE BASE EL USO DE ESTEROIDES Y EL PORCENTAJE DE NECROSIS AVASCULAR SE CONSIDERA DE MAL PRONÓSTICO LA TÉCNICA DE FICATH Y SE PROPONE MEJOR REALIZR UN REEMPLAZO TOTAL DE CADERA SE SOLICITA EL CONCEPTO DE OTROS ORTOPEDISTAS DEL GRUPO PARA DEFINIR CONDUCTA CON LA PACIENTE, SI SE VA A REALIZAR TÉCNICA DE DESCOMPRESIÓN O REEMPLAZO TOTAL DE CADERA'* /fl. 468 vto. cdno. 1 B/, en ese sentido, el grupo de ortopedia convino en realizar el reemplazo total de cadera, según la anotación del médico OSCAR PADILLA de folio 470 vto. del cuaderno 1 B.

El criterio de necesidad de la cirugía practicada a la señora VELÁSQUEZ OSORIO, aunado a lo afirmado por los testigos médicos, emerge también de la historia clínica, según la valoración hecha por el ortopedista DAVID FERNANDO CARVAJAL ESCOBAR, quien consignó: *'SE OBSERVA COMPROMISO EN LA CABEZA DEL FÉMUR QUE ABARCA DESDE LA CARA ANTERIOR A LA POSTERIOR CON COLAPSO Y COMPROMISO DE LA SUPERFICIE ARTICULAR. PENDIENTE REALIZAR PRÓTESIS TOTAL DE CADERA POR SU NECROSIS AVASCULAR'* /fl. 473/.

Por su parte, a folio 26 del cuaderno principal consta que la cirugía de reemplazo de cadera fue practicada el 23 de septiembre de 2012, folio en el que también se halla la anotación del médico JUAN CARLOS GALLEGU URIBE el 25 del mismo mes y año, sobre los fuertes dolores que presentó la paciente después del procedimiento. También el médico NESTOR AUGUSTO RORZCO CASTAÑO, quien practicó la cirugía de

reemplazo de cadera, escribió el 26 de septiembre de 2012: *'HAY LIMITACIÓN PARA DORSIFLEXIÓN POR PARESIAS DEL NERVIOS CIÁTICO. SE OBSERVA ALARGAMIENTO DE LA EXTREMIDAD DE 8 mm. SE CONSIDERA LA POSIBILIDAD DE CAMBIAR LA CABEZA DE LA CADERA POR UNA CABEZA MÁS PEQUEÑA PARA DISMINUIR ELONGACIÓN DEL NERVIOS CIÁTICO Y PREVENIR LA LESIÓN DEFINITIVA. SE HACE PROGRAMACIÓN PARA REVISIÓN DE REEMPLAZO TOTAL DE CADERA'* /fl. 27 cdno. 1/.

La revisión o segunda cirugía fue realizada por el médico ortopedista OSCAR JULIÁN PADILLA el 28 de septiembre de 2012, de la que se describe en la historia clínica lo siguiente: *'LLEGA DE QUIRÓFANOS POR REVISIÓN DE PRÓTESIS NO DEFINEN COMPLICACIONES. SE REALIZA EXTRACCIÓN DE CABEZA FEMORAL MÁS COLOCACIÓN DE CUELLO CORTO REDUCCIÓN ESTABLE. SIGUE EN MANEJO POR ORTOPEDIA SE HACE IC A FISIATRÍA POR PIE CAIDO PARA FÉRULA POSTERIOR Y REHABILITACIÓN'*. El fisiatra anotó en su revisión que detectó *'LESIÓN DE NERVIOS CIÁTICO Y FEMORAL'*. /Resaltado de la Sala, fl. 28/.

Cabe anotar que a folios 602 y 603 del cuaderno 1 C obran los formatos de consentimiento informado previo a las cirugías realizadas a la demandante, en los que se informa a la paciente de los riesgos más frecuentes de este tipo de intervenciones, entre las que se encuentran infecciones, sangrado, dolor crónico, cojera, lesiones vasculares y nerviosas o la necesidad de practicar nuevas cirugías.

El galeno NÉSTOR AUGUSTO RORZCO CASTAÑO, de manera análoga a lo expuesto en su declaración, anotó el 3 de octubre de 2012 en la historia clínica de la paciente: *'ESTÁ PENDIENTE LA FÉRULA PARA PIE CAIDO, SE EXPLICA A LA PACIENTE NUEVAMENTE SOBRE LA LESIÓN DEL NERVIOS CIÁTICO Y LA POSIBILIDAD DE RECUPERACIÓN ESPONTÁNEA EN EL TRANSCURSO DE TRES A SEIS MESES EN CASO DE NO LOGRAR*

RECUPERACIÓN SE HARÁ TRNFERENCIA (sic) TENDINOSAS DEL PIE, PACIENTE YA VALORADA POR FISIATRÍA Y SE SOLICITA VALORACIÓN POR FISIOTERAPIA PARA TERAPIA DE ESTIMULACIÓN ELÉCTRICA DEL PIE' /fl. 31/, al paso que el 3 de noviembre de 2012 dejó la siguiente anotación: 'PACIENTE CON ANTECEDENTES DE REEMPLAZO TOTAL DE CADERA CON NEUROPLAXIA DEL CIÁTICO POP DISCAPACIDAD PARA LA EXTENSIÓN DE LA RODILLA Y DEL PIÉ, CONSIDERAMOS QUE LA NEUROPLAXIA ESTÁ ASOCIADA A LA ENFERMEDADA DE BASE EL LUPUS SE INDICA FISIOTERAPIA Y ESTIMULACIÓN DE NERVIO PERIFÉRICO' /fl. 40/.

Una vez analizado el conglomerado de pruebas practicadas en esta causa judicial, el Tribunal arriba a varias conclusiones que conllevan la convalidación del criterio judicial que ha sido materia de apelación.

En el expediente obra suficiente evidencia médica de que la señora LUZ ELENA VELÁSQUEZ OSORIO ya padecía dificultades para la movilidad antes de la cirugía de reemplazo de cadera que le fue practicada el 23 de septiembre de 2012, las cuales hallan su causa principal en la necrosis avascular de la cabeza de fémur izquierdo, con un mal pronóstico para su cadera, en la medida que esta patología alcanzaba para entonces el 30% de la estructura y era progresiva, por lo que de no haberse practicado dicho procedimiento, las consecuencias hubieran sido de colapso de la estructura e inmovilidad total, de acuerdo con el criterio científico. En ese orden, mal podría atribuirse la dificultad para el desplazamiento de la demandante a la cirugía que le fue realizada, pues se insiste, dicha situación era precedente.

Otro de los elementos que reviste capital importancia para este análisis es el LUPUS ERITEMATOSO que presentaba la paciente desde hacía 18

años como enfermedad de base, y que de acuerdo con lo afirmado por los galenos, funge como un factor que potencia cualquier riesgo, haciéndola más propensa a las lesiones musculares y nerviosas, como en efecto ocurrió. Tal es así, que de acuerdo con lo planteado por los ortopedistas expertos en este tipo de procedimientos, pese a los riesgos que existen en una cirugía de reemplazo de cadera debido a las maniobras que allí se realizan (luxación, elongación, separación de tejidos), en la gran mayoría de los casos no se presentan lesiones nerviosas, o en otros términos, de no mediar la enfermedad de base, difícilmente la lesión se hubiera producido.

Tampoco debe pasarse por alto que de acuerdo con la prueba testimonial, la lesión del nervio ciático es uno de los riesgos inherentes al procedimiento practicado a la demandante VELÁSQUEZ OSORIO, por lo que su materialización no responde a la desatención de los cánones científicos o a una falla en el servicio médico brindado a la paciente, situaciones que están lejos de hallarse probadas, sino a la concreción de un peligro natural cuyas probabilidades de ocurrencia se vieron incrementadas por una enfermedad de base con casi 2 décadas de evolución.

En esta línea de argumentación, el médico ortopedista OSCAR JULIÁN PADILLA fue enfático en su declaración, al decir que cuando practicó la segunda intervención quirúrgica, halló que el primer procedimiento (reemplazo de cadera) se ajustó a los cánones científicos, pues encontró una prótesis bien puesta, estable y sin ninguna anomalía, lo que ratifica que ningún elemento obra en el plenario para aludir una desatención a los principios de la ciencia médica o la *lex artis* en el procedimiento quirúrgico. Prueba de ello es la elongación que tuvieron que hacer en el caso de la demandante, la cual fue de 8 milímetros, y se halla dentro de los rangos normales de seguridad de estas cirugías, que van hasta los 3 o

4 centímetros, además, que pese a que normalmente estas cirugías las practica un solo profesional, en el caso de la demandante lo hicieron 2.

Súmese a lo expuesto, que las decisiones clínicas sobre la intervención fueron adoptadas por una junta conformada por una pluralidad especialistas en ortopedia, quienes además, una vez se presentó la lesión del nervio, decidieron colocar una prótesis más pequeña para quitarle tensión y alivianar el dolor de la paciente, aun con los riesgos que esto conllevaba sobre la estabilidad estructural de la prótesis de cadera.

Finalmente, la parte actora afirmó que los 4 días que transcurrieron entre la cirugía de reemplazo de cadera y la segunda intervención fueron causa de la lesión del nervio y sus padecimientos posteriores, tesis que no solo carece por completo de cualquier soporte probatorio, sino que resultó fuertemente refutada por las declaraciones médicas, no solo por cuanto la afectación nerviosa proviene de otras causas, como ya se dijo, sino porque de acuerdo con los deponentes, una vez la lesión del nervio se presenta, son pocas las posibilidades de recuperación, por lo que este lapso no representa un elemento significativo para una conclusión en contrario.

Colofón de lo expuesto, el Tribunal comparte los razonamientos que llevaron al juez de primera instancia a negar las pretensiones de la parte demandante, quien no logró demostrar que en la atención médica dispensada a la señora LUZ ELENA VELÁSQUEZ OSORIO se hayan desatendido las pautas científicas que le eran inherentes, o se haya cometido una falla del servicio médico. Por el contrario, los elementos de acreditación que forman parte del expediente, señalan que dicha atención se ciñó a los cánones que gobiernan la ciencia médica y en particular, a los cuidados que debían brindarse a la paciente en el marco

del procedimiento ortopédico que le practicaron, lo que derivaba en la decisión adversa a las pretensiones de la parte demandante.

LA PÉRDIDA DE OPORTUNIDAD

Finalmente, aunque la argumentación de la parte demandante desde la presentación de la demanda se circunscribió a la presunta falla en el servicio médico como fuente de la responsabilidad, en el recurso de apelación contra el fallo de primer grado indicó que el hecho de que no se haya practicado la segunda intervención quirúrgica de manera inmediata a la señora VELÁSQUEZ OSORIO derivó en la pérdida de oportunidad de *‘(...) haber podido saber si se hubiese reintervenido de inmediato, habría recuperado su funcionalidad, del miembro inferior izquierdo y no habría quedado con pie caído como quedó, una minusvalía (...)’* /fl. 972 cdno. 1 D/.

La pérdida de oportunidad como daño autónomo presenta unas características que han sido definidas por el Consejo de Estado (Sentencia de 4 de diciembre de 2020, M.P. Marta Nubia Velásquez Rico, Exp. 62.518):

“(...) En ese orden ideas, la pérdida de oportunidad o pérdida de chance alude a todos aquellos eventos en los cuales una persona se encontraba en situación de poder conseguir un provecho, de obtener una ganancia o beneficio o de evitar una pérdida, pero ello fue definitivamente impedido por el hecho de otro sujeto, acontecer o conducta ésta que genera, por consiguiente, la incertidumbre de saber si el efecto beneficioso se habría producido, o no, pero que al mismo tiempo da lugar a la certeza consistente en que se ha

cercenado de modo irreversible una expectativa o una probabilidad de ventaja patrimonial; dicha oportunidad perdida constituía, en sí misma, un interés jurídico que si bien no cabría catalogar como un auténtico derecho subjetivo, sin duda facultaba a quien lo ha visto salir de su patrimonio —material o inmaterial— para actuar en procura de o para esperar el acaecimiento del resultado que deseaba, razón por la cual la antijurídica frustración de esa probabilidad debe generar para el afectado el derecho a alcanzar el correspondiente resarcimiento (...)

Por tanto, se consideran como elementos esenciales para su configuración que haya: i) certeza acerca de la existencia de una oportunidad legítima, que sea seria, verídica, real y actual; ii) imposibilidad concluyente de obtener el provecho o evitar el detrimento y iii) que la víctima se encontrara en una situación fáctica y jurídicamente idónea para obtener el resultado esperado”.

Acudiendo a los planteamientos pregonados en el acápite que precede, no existen razones que lleven a afirmar de manera válida que como lo sostiene la apelante, a la señora LUZ ELENA VELÁSQUEZ OSORIO le haya sido frustrada una oportunidad de obtener recuperación del nervio ciático, a raíz del lapso que transcurrió entre la cirugía de reemplazo de cadera y el procedimiento quirúrgico de revisión, toda vez que los síntomas que presentaba la paciente en el caso concreto tuvieron que ser analizados por varios ortopedistas, quienes además, dadas las particularidades del caso, debían ponderar dos grandes riesgos, como lo eran quitarle presión al nervio ciático con la instalación de una prótesis más pequeña, aun con la posibilidad del colapso de la prótesis, o

mantener la situación existente, con el fuerte dolor que ya presentaba la demandante.

Adicionalmente y sin ánimo de repetir los razonamientos ya esbozados, la revisión efectuada por el ortopedista OSCAR PADILLA no halló ninguna anomalía la práctica de la primera cirugía (prótesis estable y bien puesta) , a lo que hay que añadir que según lo testificó el médico, una vez se presenta la afectación del nervio ciático como concreción del riesgo normal de dicho procedimiento, su recuperación es poco probable, por lo que en nada incidía que pasara uno o más días luego de la primera intervención.

Por ende, no se aportó material probatorio que siquiera permita sugerir que existiera una chance verídica, concreta y real de obtener un resultado distinto, razón por la cual la afirmación de la parte demandante en este sentido se halla desprovista de cualquier fundamento, y con ello, dable es concluir que no existe el primer elemento básico de esta tipología de daño autónomo e indemnizable. En otros términos, no existe una oportunidad de la cual pueda predicarse su pérdida o extinción imputable a las accionadas.

Corolario de lo anterior, se confirmará la sentencia apelada.

COSTAS.

Como quiera que habrá de confirmarse la sentencia, se condenará en costas de ambas instancias a la parte actora en virtud de lo dispuesto en el numeral 4 del artículo 365 del CGP (Ley 1564/12).

Como AGENCIAS EN DERECHO se fija el 1% de lo pretendido en el *sub lite* de acuerdo con el artículo 3.1.3. del Acuerdo 1887 del 2003 expedido por el Consejo Superior de la Judicatura.

Es por lo discurrido que el Tribunal Administrativo de Caldas, SALA 4ª DE DECISIÓN ORAL, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

F A L L A

CONFÍRMASE la sentencia proferida por el Juzgado 5º Administrativo de Manizales, con la cual negó las pretensiones formuladas por la señora **LUZ ELENA VELÁSQUEZ OSORIO Y OTROS** dentro del proceso de **REPARACIÓN DIRECTA** adelantado contra **SERVICIOS ESPECIALES DE SALUD S.E.S. Y OTROS**.

COSTAS de ambas instancias a cargo de la parte actora. Como AGENCIAS EN DERECHO se fija el 1% de lo pretendido en el *sub lite* de acuerdo con el artículo 3.1.3. del Acuerdo 1887 del 2003 expedido por el Consejo Superior de la Judicatura.

Ejecutoriada esta providencia, **DEVUÉLVASE** el expediente al Juzgado de origen, previas las anotaciones del caso en el Programa Justicia Siglo XXI.

NOTIFÍQUESE conforme lo dispone el artículo 203 del C/CA.

RECONÓCESE personería a la abogada **DIANA ALEJANDRA MARTÍNEZ AGUILAR** (C.C. N° 1.032'454.279 y T.P. N° 265.733) como apoderada sustituta de la NUEVA EPS, de conformidad con el memorial de sustitución que milita a folio 31 del cuaderno N° 6.

Providencia discutida y aprobada en Sala de Decisión celebrada en la fecha, según consta en Acta N° 041 de 2021.

NOTIFÍQUESE



AUGUSTO MORALES VALENCIA
Magistrado



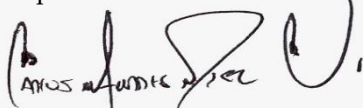
AUGUSTO RAMÓN CHÁVEZ MARÍN
Magistrado



PUBLIO MARTÍN ANDRÉS PATIÑO MEJÍA
Magistrado

CONSTANCIA SECRETARIAL: A Despacho del señor Magistrado el presente medio de control informándole que ingresó por reparto el presente proceso; está pendiente de resolver sobre la admisión del recurso de apelación interpuesto contra la sentencia de primera instancia.

Septiembre 17 de 2021



CARLOS ANDRÉS DIEZ VARGAS

Secretario

Auto de Sustanciación:	168-2021
Asunto:	Segunda instancia
Naturaleza:	Nulidad y Restablecimiento del Derecho.
Radicación:	17-001-33-39-008-2016-00423-02
Demandante:	María Cenulia Ospina Garcés
Demandado:	Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social - UGPP.

REPÚBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS

Manizales, veinte (20) de septiembre de dos mil veintiuno (2021).

El Juzgado Octavo Administrativo del Circuito de Manizales, profirió sentencia en providencia del 17 de marzo de 2021.

La anterior providencia fue notificada a las partes el 24 de marzo de 2021.

La parte **DEMANDANTE** presentó recurso de apelación el 14 de abril de 2021, en consecuencia, por reunir los requisitos legales y de conformidad con lo establecido en el numeral 3 del artículo 247 del CPACA (modificado por el art. 67 de la Ley 2080 de 2021), se admite el recurso de apelación.

Notifíquese personalmente al señor Agente del Ministerio Público y por estado a las partes.

Notifíquese y Cúmplase



DOHOR EDWIN VARÓN VIVAS

Magistrado

REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS
SALA TERCERA DE DECISIÓN

MAGISTRADO PONENTE: DOHOR EDWIN VARÓN VIVAS

Manizales, veinte (20) de septiembre de dos mil veintiuno (2021).

A. Interlocutorio: 153
Radicado: 17-001-23-33-000-2017-00083-00
Naturaleza: Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Demandante: Adriana Patricia Arango González
Demandado: SENA

Procede el Despacho Sustanciador a resolver el recurso de reposición interpuesto por la parte demandante.

1.1. Antecedente:

Por medio del auto de fecha 19 de agosto de 2021, se puso en conocimiento de las partes que, por razones ajenas al Despacho, la declaración rendida por la señora Sandra Milena Suaza Moreno, no quedó registrada en el audio y video, ello, para efectos de informar que se prescindiría de dicha declaración, toda vez que, no impedía la continuación del proceso.

Decisión frente a la cual el apoderado de la parte actora, interpuso recurso de reposición señalando que, la declaración extraviada es de relevancia para demostrar los hechos de la demanda, por lo cual solicitó la reconstrucción de lo extraviado, a partir de documentos o grabaciones que puedan encontrarse en poder de la parte actora.

1.2. Consideraciones:

El artículo 126 del Código General del Proceso, señala que:

“En caso de pérdida total o parcial de un expediente se procederá así:

- 1. El apoderado de la parte interesada formulará su solicitud de reconstrucción y expresará el estado en que se encontraba el proceso y la actuación surtida en él. La reconstrucción también procederá de oficio.*
- 2. El juez fijará fecha para audiencia con el objeto de comprobar la actuación surtida y el estado en que se hallaba el proceso, para lo cual ordenará a las partes que aporten las grabaciones y documentos que posean. En la misma audiencia resolverá sobre la reconstrucción.*

3. Si solo concurriere a la audiencia una de las partes o su apoderado, se declarará reconstruido el expediente con base en la exposición jurada y las demás pruebas que se aduzcan en ella.

4. Cuando se trate de pérdida total del expediente y las partes no concurran a la audiencia o la reconstrucción no fuere posible, o de pérdida parcial que impida la continuación del proceso, el juez declarará terminado el proceso, quedando a salvo el derecho que tenga el demandante a promoverlo de nuevo.

5. Reconstruido totalmente el expediente, o de manera parcial que no impida la continuación del proceso, este se adelantará, incluso, con prescindencia de lo perdido o destruido."

Teniendo en cuenta que, en el presente asunto, como ya se indicó, por razones ajenas al Despacho, el testimonio de la señora Sandra Milena Suaza Moreno, no quedó registrado en el audio y video de la diligencia practicada el pasado 13 de julio hogaño y, el apoderado de la parte demandante asegura que dicha declaración es fundamental para decidir el fondo del asunto; se repondrá el auto del 19 de agosto de 2021 y en consecuencia, se fijará fecha para que las partes aporten las grabaciones que posean o en su defecto, practicar nuevamente el testimonio de la señora Sandra Milena Suaza Moreno.

Se advierte que, todo lo actuado hasta el momento conserva plena validez y la declaración solo se realizará para efectos de sanear el inconveniente previamente advertido.

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Administrativo de Caldas,

Resuelve:

Primero: Reponer el auto del 19 de agosto de 2021.

Segundo: Fijar fecha para que, las partes aporten las grabaciones que posean referentes a la declaración de la señora Sandra Milena Suaza Moreno a efectos de la reconstrucción del expediente; o en su defecto recibir la declaración de la señora Sandra Milena Suaza Moreno para el **29 de septiembre de 2021 a partir de las 9:00 am.**

El apoderado de la parte **demandante**, será el encargado de la debida comparecencia a la audiencia virtual de la persona que rendirá testimonio.

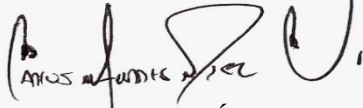
Notificar



DOHOR EDWIN VARÓN VIVAS
Magistrado

CONSTANCIA SECRETARIAL: A Despacho del señor Magistrado el presente medio de control informándole que ingresó por reparto el presente proceso; está pendiente de resolver sobre la admisión del recurso de apelación interpuesto contra la sentencia de primera instancia.

Septiembre 17 de 2021



CARLOS ANDRÉS DIEZ VARGAS

Secretario

Auto de Sustanciación:	166-2021
Asunto:	Segunda instancia
Naturaleza:	Nulidad y Restablecimiento del Derecho.
Radicación:	17-001-33-39-008-2018-00036-02
Demandante:	Cynthia Vanessa Hernández Montoya
Demandado:	Nación - Procuraduría General de la Nación.

REPÚBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS

Manizales, veinte (20) de septiembre de dos mil veintiuno (2021).

El Juzgado Octavo Administrativo del Circuito de Manizales, profirió sentencia en providencia del 18 de enero de 2021.

La anterior providencia fue notificada a las partes el 03 de junio de 2021.

La parte **DEMANDANTE** presentó recurso de apelación el 08 de junio de 2021, en consecuencia, por reunir los requisitos legales y de conformidad con lo establecido en el numeral 3 del artículo 247 del CPACA (modificado por el art. 67 de la Ley 2080 de 2021), se admite el recurso de apelación.

Notifíquese personalmente al señor Agente del Ministerio Público y por estado a las partes.

Notifíquese y Cúmplase



DOHOR EDWIN VARÓN VIVAS

Magistrado

REPÚBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS

Sala 2ª. de Decisión Oral

Magistrada Ponente: Patricia Varela Cifuentes

Manizales, dieciséis (16) de septiembre de dos mil veintiuno (2021).

Radicado.	17-001-33-39-005-2018-00151-02
Clase:	Nulidad y restablecimiento del derecho
Demandante:	Amparo Montoya Escudero
Demandado:	Nación – Ministerio de Educación – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio
Providencia:	Sentencia No. 53

Asunto

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia proferida por el Juzgado Quinto Administrativo del Circuito de Manizales, el 6 de diciembre de 2019, mediante la cual se negaron las pretensiones de la demanda.

I. Antecedentes.

1. Pretensiones.

La parte demandante, mediante apoderado y en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho consagrado en el artículo 138 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, solicita lo siguiente:

1. Que se declare la nulidad parcial de la Resolución No.1201-6 del 31 de enero de 2018 en cuanto negó el reconocimiento y pago del reajuste periódico de las mesadas pensionales conforme a lo establecido en la Ley 71 de 1988.
2. Que se declare que la parte demandante tiene derecho a que la Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, le reconozca y pague el reajuste periódico de las mesadas pensionales conforme a la Ley 71 de 1988.
3. Que se condene a la Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio a que reconozca y pague la diferencia entre lo pagado y lo que se ha debido pagar desde el año siguiente al inicio de disfrute de la pensión.

4. Que se ordene el cumplimiento de la sentencia en los términos del artículo 192 de la Ley 1437 de 2011.
5. Que se condene en costas a la parte demandada.

2. Hechos.

Se relataron los que a continuación se resumen:

La parte demandante es pensionada por el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio. El reajuste periódico de las mesadas pensionales fue ordenado en armonía con lo dispuesto en la Ley 71 de 1988 y Ley 238 de 1995. Sin embargo, la entidad demandada viene realizando los ajustes anuales de incremento salarial tomando como punto de referencia lo establecido en el artículo 14 de la Ley 100 de 1993 según porcentaje de incremento del IPC del año inmediatamente anterior. La demandada negó la solicitud efectuada por la parte actora para que le fuera reconocido el reajuste periódico de la pensión de conformidad con los incrementos anuales fijados por el Gobierno Nacional para el SMLMV en aplicación de la Ley 71 de 1988.

3. Normas violadas

Como disposiciones violadas se citaron las siguientes:

Artículos 48, 53 y 58 de la Constitución Política; Artículo 1º de la Ley 71 de 1988; Artículos 5, 9 y 15 de la Ley 91 de 1989; Artículos 14 y 279 de la Ley 100 de 1993; la Ley 238 de 1995 y el Decreto 2831 de 2005.

Se aduce en la demanda, que el reajuste de las mesadas pensionales de los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio está regulado por la Ley 71 de 1988; ello, en virtud de la exclusión del régimen de la Ley 100 de 1993, artículo 279. Sin embargo, indica, el FOMAG desde la expedición de la Ley 238 de 1995 reajusta las pensiones de los afiliados aplicando el artículo 14 de la Ley 100, incurriendo desde el año 1996 en violación a dichas normas y a los artículos 53 y 58 de la Constitución, desconociendo además que se trata de un derecho adquirido. Realiza la comparación entre los porcentajes del incremento del salario mínimo legal mensual y del IPC entre los años 2010 y 2018 para concluir que es más favorable el incremento conforme a la primera variable.

4. Contestación de la demanda.

La Nación - Ministerio de Educación Nacional- Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio no contestó la demanda.

5. Sentencia de Primera Instancia

El Juzgado Quinto Administrativo del Circuito de Manizales, mediante sentencia del 6 de diciembre de 2019, resolvió lo siguiente:

“PRIMERO: NEGAR las pretensiones [...].

SEGUNDO: SIN COSTAS [...]”

Se remite a los artículos 14 y 279 de la Ley 100 de 1993, en virtud de los cuales se regula la forma en que debe hacerse el reajuste de las pensiones, todo lo cual se aplica incluso a los pensionados bajo los regímenes de excepción, a quienes por tanto dicho reajuste también se realiza con base en la variación porcentual del Índice de Precios al Consumidor (IPC) certificado por el DANE para el año inmediatamente anterior.

Resalta que con el artículo 289 de la Ley 100 de 1993, fueron derogadas aquellas disposiciones contrarias a la misma, entendiendo así que el artículo 1° de la Ley 71 de 1989 quedó derogado de manera tácita. De igual forma citó una providencia del Consejo de Estado emitida dentro de la acción pública de nulidad contra el artículo 40 del Decreto 692 de 1994, reglamentario de la Ley 100, en donde expone las razones por las cuales no resulta aplicable el artículo 1° de la Ley 71 de 1989 para efectos de determinar el incremento anual de la pensión. (fls. 53 – 58, C. 1)

6. Recurso de Apelación

Inconforme con la decisión de primera instancia, la parte demandante presentó en término el recurso de apelación contra la misma, al estimar que el a quo desconoció principios y derechos constitucionales al resolver como lo hizo.

El demandante da a entender que el derecho al reajuste de la pensión hace parte del régimen pensional especial que se aplica a los docentes afiliados al FNPSM con anterioridad a la vigencia de la Ley 812 de 2003; y que al igual que los demás aspectos de dicho régimen, el reajuste con base en el incremento del SMLMV debe ser tenido en cuenta en este caso.

Estima que al entrar en vigencia el Sistema General de Pensiones – ley 100 de 1993 -, las pensiones del régimen docente quedaron amparadas por los regímenes de excepción establecidos en el artículo 279 de la norma en cita, siéndoles aplicable el artículo 14 de aquella, previo cumplimiento del requisito de favorabilidad previsto en el artículo 1° de la Ley 238 de 1995. Luego, de no encontrarse beneficio alguno en la aplicación del artículo 14 de la Ley 100 de 1993 en el caso de las pensiones de los docentes afiliados al FNPSM, la fórmula de incremento de las mesadas allí contemplada, no debe ser aplicada frente a éstos por resultar ilegal. (fls. 61 – 76, C. 1)

7. Alegatos de conclusión segunda instancia.

Guardaron silencio.

II. Consideraciones

A efectos de resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante a través de apoderado judicial, la Sala procederá a abordar los siguientes ítems: i) Planteamiento del problema jurídico, ii) Acervo probatorio allegado al proceso y iii) Marco legal aplicable y análisis del caso concreto.

1. Problema jurídico.

- 1.1.** ¿Tiene derecho la parte demandante al reconocimiento y pago del reajuste periódico de las mesadas pensionales conforme lo establece la Ley 71 de 1988, teniendo en cuenta la variación del salario mínimo legal mensual vigente?

2. Acervo probatorio.

En el expediente se encuentra acreditado que la señora Amparo Montoya Escudero obtuvo la pensión de jubilación mediante la Resolución No. 4249 del 16 de octubre de 2007 por parte del FNPSM (fl.18, C. 1) y mediante la Resolución No. 1201-6 del 31 de enero de 2018, le fue negada la solicitud de reajuste anual de la pensión con base en el incremento del SMLMV, consagrado en el artículo 1° de la Ley 71 de 1988. (fls. 15-16, C. 1)

3. Marco legal aplicable y análisis del caso concreto.

3.1. Régimen General de Seguridad Social.

El artículo 48 de la Carta Política concibe la seguridad social como un servicio público obligatorio que debe prestarse bajo la dirección coordinación y control del Estado, con sujeción a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad; asimismo se garantiza como un derecho irrenunciable al que acceden los trabajadores que acreditan los requisitos previstos en la ley para ese efecto.

A su vez, el artículo 53 de la Constitución Política, establece que el Estado garantiza el derecho al pago oportuno y al reajuste periódico de las pensiones legales.

El Sistema de Seguridad Social Integral, previsto en la Ley 100 de 1993¹, tuvo como objeto garantizar la protección del trabajador, entre otros, frente al riesgo de vejez, en aras de proveerle una buena calidad de vida al final de su historia laboral. Para ello, dispuso la creación de instituciones públicas y privadas encargadas de la administración de los recursos y del reconocimiento de la prestación vitalicia, bajo los principios de eficiencia, universalidad, solidaridad, integralidad, unidad y participación.

Por su parte, el artículo 11 ibídem, modificado por el artículo 1 de la Ley 797 de 2003, prevé su campo de aplicación, así:

*“El Sistema General de Pensiones consagrado en la presente ley, **se aplicará a todos los habitantes del territorio nacional**, conservando y respetando, adicionalmente todos los derechos, garantías, prerrogativas, servicios y beneficios adquiridos y establecidos conforme a disposiciones normativas anteriores, pactos, acuerdos o convenciones colectivas de trabajo para quienes a la fecha de vigencia de esta ley hayan cumplido los requisitos para acceder a una Pensión o se encuentren pensionados por jubilación, vejez, invalidez, sustitución o sobrevivientes de los sectores público, oficial, semioficial en todos los órdenes del régimen de Prima Media y del sector privado en general.*

Lo anterior será sin perjuicio del derecho de denuncia que le asiste a las partes y que el tribunal de arbitramento dirima las diferencias entre las partes”.

Ahora bien, el artículo 1° de la Ley 4 de 1976², determinó que las pensiones de los sectores público, oficial, semioficial y privado, así como los afiliados al Instituto Seguro Social, a excepción de las pensiones por incapacidad permanente parcial, se reajustarían de oficio, cada año, teniendo en cuenta el incremento del salario mínimo mensual legal más alto, con una suma fija igual a la mitad de la diferencia entre el antiguo y el nuevo salario mínimo mensual legal más alto, más una suma equivalente a la mitad del porcentaje que representara el incremento entre el antiguo y el nuevo salario mínimo mensual legal más alto, esto último aplicado a la correspondiente pensión.

Luego, el artículo 1 de la Ley 71 de 1988³ precisó que las pensiones referidas en el artículo 1 de la Ley 4 de 1976, la de incapacidad permanente parcial y las compartidas, serían reajustadas de oficio cada vez y con el mismo porcentaje en que fuere incrementado por el Gobierno el salario mínimo legal mensual.

La citada norma fue reglamentada por el Decreto 1160 de 1989, el cual precisó respecto al ajuste de las pensiones en el artículo 1°, lo siguiente:

“Reajuste pensional. Las pensiones de jubilación, invalidez, vejez, incapacidad permanente parcial, compartidas y de sobrevivientes, de los sectores público, privado y del Instituto de Seguros Sociales, se reajustarán de oficio y en forma

¹ http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/ley_0100_1993.html#1

² Ley 4 de 1989, “*Por la cual se dictan normas sobre materia pensional de los sectores público, oficial, semioficial y privado y se dictan otras disposiciones.*” <https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=1165>

³ Ley 71 de 1988 *por la cual se expiden normas sobre pensiones y se dictan otras disposiciones*, <https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=307>

simultánea con el salario mínimo legal, en el mismo porcentaje en que éste sea incrementado por el Gobierno Nacional”.

Del recuento normativo citado, se concluye que por mandato constitucional, es deber del Estado garantizar el reajuste periódico de las pensiones, que inicialmente desde la Ley 4 de 1976, se determinó para los beneficiarios de los regímenes del sector público, oficial y privado, teniendo en cuenta el incremento porcentual del salario mínimo legal mensual vigente más alto.

Posteriormente, el artículo 14 de la Ley 100 de 1993 dispuso un ajuste de las pensiones con base en la variación del Índice de Precios al Consumidor –IPC-, excepto aquellas pensiones iguales al salario mínimo que se incrementaban conforme al mismo:

*“ARTÍCULO 14. REAJUSTE DE PENSIONES. Con el objeto de que las pensiones de vejez o de jubilación, de invalidez y de sustitución o sobreviviente, en cualquiera de los dos regímenes del sistema general de pensiones, mantengan su poder adquisitivo constante, se reajustarán anualmente de oficio, el primero de enero de cada año, **según la variación porcentual del Índice de Precios al Consumidor, certificado por el DANE para el año inmediatamente anterior. No obstante, las pensiones cuyo monto mensual sea igual al salario mínimo legal mensual vigente, serán reajustadas de oficio cada vez y con el mismo porcentaje en que se incremente dicho salario por el Gobierno.**”-sft-*

Dicha normativa fue declarada exequible por la Corte Constitucional en sentencia C-387 de 1994⁴, donde señaló que el incremento por el IPC o por el salario mínimo, cumple el objetivo del reajuste periódico de las pensiones, y es facultad del legislador determinar el mismo:

*“Para la Corte es evidente que ese tratamiento distinto ante situaciones iguales, a la luz de los cánones constitucionales, tiene una justificación clara y razonable, cual es la de dar especial protección a aquellos pensionados que por devengar una pensión mínima se encuentran, por razones económicas, en situación de debilidad manifiesta frente a los demás. **En consecuencia, ha decidido el legislador que el valor de la pensión para esas personas se reajuste en un porcentaje igual al del salario mínimo legal mensual, con el fin de que dicho ingreso conserve su poder adquisitivo y así pueda el beneficiario satisfacer sus necesidades básicas y llevar una vida digna.**”*

“ ...

“Las instituciones del salario mínimo y de la pensión mínima, se enmarcan dentro de aquellas políticas destinadas a lograr una justicia social, pues son medidas especiales de protección a quienes por su condición económica se encuentran en situación de debilidad manifiesta. Busca así el legislador menguar la desigualdad y de esta manera cumplir con el propósito señalado por el constituyente en el artículo 13 de la Carta, que ordena al Estado promover las condiciones requeridas para que la igualdad sea real y efectiva, mediante la adopción de medidas en favor de grupos discriminados o marginados, como también proteger especialmente a aquellas personas que por su condición económica o física se encuentran en situación de debilidad manifiesta.

“

Ahora bien: que el índice de precios al consumidor aumenta en proporción superior al porcentaje en que se incrementa el salario mínimo, es un argumento que esgrime el demandante, pero que no se ajusta a la realidad, pues como se demostrará en seguida, estos valores no han sido constantes, y no podían serlo, porque su comportamiento depende de una serie de

⁴ Corte Constitucional sentencia C- 387 de 1994; MP. Dr. Carlos Gaviria Díaz, 1 de septiembre de 1994; REF.: expediente No. D-529. <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1994/c-387-94.htm>

circunstancias económicas y políticas que resultan variables, y en consecuencia, no es posible determinar con certeza el porcentaje en que cada uno de esos dos factores aumentará.

“Veamos el comportamiento de la tasa de inflación y el porcentaje de incremento del salario mínimo, durante los últimos diez años:

Año	Inflación	Salario mínimo
1983	16.64	22%
1984	18.28	22%
1985	22.45	20%
1986	20.95	24%
1987	24.02	22%
1988	28.12	25%
1989	26.12	27%
1990	32.36	26%
1991	26.82	26.07%
1992	25.13	26.04%
1993	22.6	21.09%”

“Obsérvese que en los años 1983, 1984, 1986, 1989 y 1992 el salario mínimo se incrementó en cuantía superior al índice de inflación, y en los demás años, sucedió lo contrario, esto es, que la inflación fue mayor que el porcentaje en que subió el salario mínimo.

Así las cosas, no le asiste razón al demandante, **pues no es posible afirmar con certeza cuál de los dos sistemas podría resultar más benéfico para el pensionado, ya que ello dependerá del comportamiento que presente cada uno de esos factores a través del tiempo, de manera que habrá ocasiones en que el índice de precios al consumidor sea superior al porcentaje en que se incremente el salario mínimo, y en otras, éste sea inferior a aquél, o pueden existir casos en que los dos sean iguales.**

De otra parte, estima la Corte pertinente agregar que la Constitución al consagrar el derecho al reajuste periódico de las pensiones (art. 53 inc. 2o.), no señala la proporción en que éstas deben incrementarse, como tampoco la oportunidad o frecuencia en que debe llevarse a cabo, quedando en manos del legislador la regulación de estos aspectos, como en efecto lo hace la norma parcialmente impugnada”.

En este sentido, el Máximo Tribunal Constitucional, alude a la determinación de incrementar las pensiones en el salario mínimo solo para los pensionados que devengan la pensión mínima, en aras de salvaguardar los derechos constitucionales de los pensionados que se encuentran en debilidad manifiesta frente a los demás ciudadanos; y que el aumento en el índice de precios al consumidor para los demás pensionados, se ajusta a factores económicos y políticas.

Sobre este tema, la Sección Segunda del Consejo de Estado⁵, en providencia del 17 de agosto del 2017 proferida dentro de la acción pública de nulidad en contra del artículo 40 del Decreto 692 de 1994, expuso que el reajuste previsto por el artículo 14 de la Ley 100 de 1993 derogó lo dispuesto por la Ley 71 del 19 de diciembre de 1988, y que esto es aplicable a las pensiones causadas con anterioridad a la vigencia de la Ley 100 de 1993:

⁵ CONSEJO DE ESTADO- SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO- SECCION SEGUNDA -SUBSECCIÓN A- Consejero ponente: WILLIAM HERNANDEZ GOMEZ - Bogotá, D.C., diecisiete (17) de agosto de dos mil diecisiete (2017) - Radicación número: 11001-03-24-000-2010-00007-00(3294-14). <http://190.217.24.55:8080/WebRelatoria/FileReferenceServlet?corp=ce&ext=doc&file=2102915>

“Ahora bien, en criterio de la parte demandante, la mesada de quienes se pensionaron con anterioridad al 1.º de abril de 1994 debe incrementarse en la forma prevista por la Ley 71 del 19 de diciembre de 1988, esto es, en el mismo porcentaje en que se ajustaba el salario mínimo, afirmación frente a la cual debe indicarse que el hecho de que el porcentaje en el cual se reajusta la pensión no sea un derecho adquirido, implica que el sistema definido por la Ley 100 de 1993 podía regular válidamente la proporción del aumento de la prestación, derogando el enunciado normativo que venía rigiendo hasta ese momento, tal y como lo admitió la Corte Constitucional en la sentencia C-110 de 1996, al señalar:

« [...] A partir del 1º de enero de 1989 y hasta la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, todas las pensiones que fueron reconocidas en el país, tanto en el sector público como en el privado, se reajustaron anualmente conforme a la formula prevista en la Ley 71 de 1988, esto es, en el mismo porcentaje en que se incrementó por el Gobierno el salario mínimo legal mensual. Con la expedición de la Ley 100 de 1993 y su entrada en vigencia, las pensiones reconocidas antes y después de dicha ley, se vienen reajustando en la forma prevista por su artículo 14 y teniendo en cuenta lo dispuesto en los artículos 142 y 143 ibídem, lo que significa que el referido reajuste se produce anualmente según la variación porcentual del Índice de Precios al Consumidor, certificado por el DANE para el año inmediatamente anterior, más la mesada adicional y el reajuste equivalente a la elevación en la cotización para salud, a favor de los pensionados con anterioridad al 1º de enero de 1994. [...]

En esas condiciones, no le asiste razón a la parte demandante cuando estima que al hacer extensivo el porcentaje de reajuste de la mesada pensional que se decreta para quienes se pensionan con posterioridad al 1.º de abril de 1994 a aquellos que ya tenían la prestación reconocida para ese momento, la norma demandada hace una inclusión no prevista en la ley que reglamenta y desconoce los derechos adquiridos de estos últimos, pues se reitera, la protección de los derechos adquiridos en materia pensional no comprende la proporción del incremento de la mesada.

Conclusión: Conforme a las consideraciones expuestas, el porcentaje de reajuste de la mesada pensional no es un derecho adquirido, por lo tanto la jurisprudencia de la Corte Constitucional ha considerado que el legislador está habilitado para modificar las normas que consagran la proporción en que se realizarán los aumentos de las mesadas pensionales.

De acuerdo con lo anterior, el reajuste previsto por el artículo 14 de la Ley 100 de 1993 sí es aplicable a quienes les fue reconocida la pensión antes del 1.º de abril de 1994 y no el definido por la Ley 71 del 19 de diciembre de 1988, toda vez que esta última quedó derogada por aquella”

En consideración al postulado jurisprudencial precitado se extrae que, si bien quienes se pensionaron con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, cuentan con un régimen anterior al del Sistema de Seguridad Social Integral, esto no quiere decir que el incremento de la mesada pensional deba realizarse conforme lo contempla la Ley 71 de 1988, ajustado al salario mínimo, toda vez que con la entrada en vigencia del régimen general de pensiones, **esta norma quedó derogada por aquella**, que dispuso que los ajustes de las mesadas pensionales fueran incrementadas conforme a la variación del índice de precios al consumidor.

Referente al argumento esbozado por la parte demandante, según el cual, se debe dar aplicación en estos casos al artículo 1 de la Ley 71 de 1989, que regula el ajuste de la mesada pensional, es pertinente traer a colación el pronunciamiento expuesto por la Máxima Corporación Constitucional en sentencia C-435 de 2017, bajo la acción pública de constitucionalidad, en donde fue demandada la nulidad parcial del artículo 14 de la

Ley 100 de 1993, concerniente al reajuste de pensiones según la variación porcentual del Índice de Precios al Consumidor, así:

“Así, para decirlo de otra forma, pero con sus propias palabras, el actor entiende que el principio de favorabilidad también resulta aplicable a los pensionados “porque son trabajadores en receso [...] y, porque también, uno de los principios fundamentales del trabajo es la garantía de la seguridad social” y es precisamente a partir de esa consideración que concluye que “[e]n caso de duda en la medición del poder adquisitivo constante de las pensiones, porque no hay ley que establezca como se mide [...] debe aplicarse el método más favorable al pensionado”. Lo anterior, hasta el punto de que en su demanda no sólo solicita declarar inexecutable el apartado demandado, según el cual las pensiones “se reajustarán anualmente de oficio, el primero de enero de cada año, según la variación porcentual del Índice de Precios al Consumidor, certificado por el DANE para el año inmediatamente anterior”, sino que incluso le pide a la Corte señalar que lo más favorable para el pensionado es “la medición del poder adquisitivo constante de las pensiones por el método de medición de la equivalencia de las pensiones en relación con el Salario Mínimo Legal Vigente”[85], como si este fuese expresamente el mandato constitucional.

(...)

Lo anterior pues, como también se ha explicado en la jurisprudencia constitucional, sin perjuicio de que toda pensión “tiene como objetivo primordial proteger a las personas de la tercera edad, quienes por sus condiciones físicas, ya sea por razón de la edad o por enfermedad, se encuentran imposibilitados para obtener otra clase de recursos para su propia subsistencia y la de su familia”, las personas cuya pensión no supera el valor del salario mínimo legal mensual vigente o que reciben una pensión mínima, como también se la ha denominado, “se encuentran, por razones económicas, en situación de debilidad manifiesta frente a los demás”. De tal forma que ellas también requieren de un incremento periódico mínimo que, precisamente, garantice también los fines del salario mínimo, como son “satisfacer no sólo sus propias necesidades sino también las de su familia, en el orden material, social, cultural, educativo”

(...)

Siendo así, se tiene que en la norma demandada el legislador específicamente dispuso que el criterio o parámetro de actualización fuera el IPC en tanto que, como claramente explicó el DANE en su intervención, éste precisamente “es una estadística que mide la variación porcentual de los precios de un conjunto representativo de los bienes y servicios de consumo de los hogares del país”. Pero, simultáneamente, el legislador distinguió entre las pensiones superiores e inferiores al salario mínimo legal mensual vigente (SMLMV), estableciendo que únicamente éstas últimas se incrementarían en el mismo porcentaje que ese salario, “con el fin de que dicho ingreso conserve su poder adquisitivo y así pueda el beneficiario satisfacer sus necesidades básicas y llevar una vida digna”[94].

Lo anterior pues, como también se ha explicado en la jurisprudencia constitucional, sin perjuicio de que toda pensión “tiene como objetivo primordial proteger a las personas de la tercera edad, quienes por sus condiciones físicas, ya sea por razón de la edad o por enfermedad, se encuentran imposibilitados para obtener otra clase de recursos para su propia subsistencia y la de su familia”, las personas cuya pensión no supera el valor del salario mínimo legal mensual vigente o que reciben una pensión mínima, como también se la ha denominado, “se encuentran, por razones económicas, en situación de debilidad manifiesta frente a los demás”. De tal forma que ellas también requieren de un incremento periódico mínimo que, precisamente, garantice también los fines del salario mínimo, como son “satisfacer no sólo sus propias necesidades sino también las de su familia, en el orden material, social, cultural, educativo”[95].

Por lo tanto, se concluye que además de que la propia Constitución faculta al legislador a decidir, con autonomía política, de qué manera reajustar

periódicamente el valor de las pensiones, de tal forma que no hay lugar aquí para la aplicación del principio de favorabilidad en materia laboral del que trata el artículo 53 superior, en todo caso los índices o referencias de actualización a los que acudió el legislador para actualizar las pensiones de forma diferenciada según su valor (IPC y SMLMV) tienen un origen, una explicación y unos propósitos diferentes, al mismo tiempo que se relacionan entre ellos de una forma particular.”

(...)

Al mismo tiempo que, se reitera, el constituyente impuso al legislador el deber general de actualizar el monto de las pensiones para que fuesen consistentes con el fenómeno de la pérdida del poder adquisitivo de la moneda, pero no impuso un modelo específico de actualización, motivo por el cual el Congreso cuenta con un amplio **margen de configuración para fijar las fórmulas específicas a través de las cuales se materializa este deber genérico, sin que se encuentre obligado a acoger un esquema económico que, a juicio del accionante, resulte más favorable a los intereses de los pensionados entre todos los posibles.**”

De otra parte, la Ley 100 de 1993 en su artículo 279 contempló los regímenes exceptuados, entre otros el personal docente vinculado al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio:

“ARTÍCULO 279. Excepciones. El Sistema Integral de Seguridad Social contenido en la presente Ley no se aplica a los miembros de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional, ni al personal regido por el Decreto-Ley 1214 de 1990, con excepción de aquel que se vincule a partir de la vigencia de la presente Ley, ni a los miembros no remunerados de las Corporaciones Públicas.

Así mismo, se exceptúa a los afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, creado por la Ley 91 de 1989, cuyas prestaciones a cargo serán compatibles con pensiones o cualquier clase de remuneración. Este Fondo será responsable de la expedición y pago de bonos pensionales en favor de educadores que se retiren del servicio, de conformidad con la reglamentación que para el efecto se expida. (...)”/Negrillas de la Sala/

Este artículo fue adicionado por la Ley 238 de 1995⁶, que dispuso la aplicación del artículo 14 de la Ley 100 de 1993 a los regímenes exceptuados previstos en dicha disposición; o sea, el incremento de las pensiones conforme al IPC:

“ARTÍCULO 1o. Adiciónese al artículo 279 de la Ley 100 de 1993, con el siguiente párrafo:

*“Párrafo 4. Las excepciones consagradas en el presente artículo no implican negación de los **beneficios y derechos determinados en los artículos 14 y 142 de esta ley para los pensionados de los sectores aquí contemplados**.”/Resaltado de la Sala/*

De esta manera, el incremento de las pensiones de los docentes pensionados antes de la vigencia de la Ley 812 de 2003 no se rige por el artículo 1º de la Ley 71 de 1988, toda vez que el factor de incremento anual de las pensiones no forma parte del Régimen Pensional por el cual se rigen los docentes, como son la edad, el monto, el ingreso base de liquidación y la tasa, y como lo señaló el Consejo de Estado⁷. Además, el reajuste de

⁶ Ley 238 de 1995; http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/ley_0238_1995.html

⁷ CONSEJO DE ESTADO- SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO- SECCION SEGUNDA -SUBSECCIÓN A- Consejero ponente: WILLIAM HERNANDEZ GOMEZ - Bogotá, D.C., diecisiete (17) de agosto de dos mil diecisiete (2017) - Radicación número: 11001-03-24-000-2010-00007-00(3294-14). <http://190.217.24.55:8080/WebRelatoria/FileReferenceServlet?corp=ce&ext=doc&file=2102915>

la mesada pensional no es un derecho adquirido, por lo que el legislador está habilitado para modificar las normas que consagran la proporción del aumento anual. Es del caso agregar que la norma que pretende la parte demandante que se aplique al incremento de su mesada, el artículo 1º de la Ley 71 de 1988, **fue derogado** por la Ley 100 de 1993.

Lógicamente, las pensiones cuyo monto mensual sea igual al salario mínimo legal mensual vigente, serán reajustadas de oficio cada vez y con el mismo porcentaje en que se incremente dicho salario.

En consecuencia, conforme a los pronunciamientos jurisprudenciales citados, se tiene que la Constitución Política le otorgó al Legislador la autonomía de fijar el reajuste periódico de las pensiones, teniendo en cuenta el índice de precios al consumidor, parámetro que se adoptó obedeciendo a las satisfacciones de las necesidades del orden familiar, material, social, cultural y educativo, y con el fin de garantizar los fines del salario mínimo, en aras de actualizar el monto de las pensiones y de contrarrestar el fenómeno de la pérdida del poder adquisitivo de la moneda.

En ese orden de ideas, considera la Sala que no se encuentra demostrada la vulneración de los derechos invocados en la parte actora, dado que conforme a los presupuestos normativos y jurisprudenciales antes citados, se observa que **no** le asiste razón al accionante al indicar que el reajuste de las mesadas pensionales se deben realizar conforme al artículo 1 de la Ley 71 de 1989, esto es, conforme al salario mínimo, norma derogada por el artículo 14 de la Ley 100 de 1993, conforme lo ya dicho sin ambages por el Consejo de Estado; derogatoria que aplica por igual a quienes fueron pensionados antes de la vigencia de la Ley 100 de 1993, encuéntrense o no amparados por un régimen exceptuado.

Por lo anterior, se denegarán las pretensiones de la demanda y se confirmará la sentencia de primera instancia.

4. Costas en segunda instancia.

Con base en el numeral 3 del artículo 365 numeral 1 del CGP, aplicable por virtud del precepto 188 de la Ley 1437 de 2011, no se impondrán costas a cargo de la parte vencida en el proceso, toda vez que no se observan actuaciones adelantadas por la parte accionada en esta instancia.

5. Consideración final.

En razón a que procesos similares al presente ya han sido decididos mediante sentencia por esta Corporación, la Sala ha procedido a dictar fallo dentro de este, por autorizarlo así el artículo 18 de la Ley 446 de 1998, lo que hace también en aplicación de los principios de economía y celeridad.

En mérito de lo expuesto, la Sala Segunda del Tribunal Administrativo de Caldas, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

III. Falla

Primero: Se confirma la sentencia proferida por el Juzgado Quinto Administrativo del Circuito de Manizales, el 6 de diciembre de 2019, mediante la cual se negaron las pretensiones de la parte demandante en el proceso promovido en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho por la señora Amparo Montoya Escudero contra la Nación – Ministerio de Educación – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

Segundo: Sin condena en costas.

Tercero: Ejecutoriada esta providencia, devuélvase el expediente al Juzgado de origen y háganse las anotaciones pertinentes en el programa informático “Justicia Siglo XXI”.

Notifíquese y cúmplase

Discutida y aprobada en Sala de Decisión Ordinaria celebrada en la fecha.

Magistrada

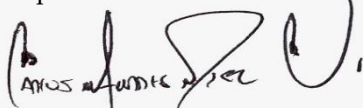
Dohor Edwin Varón Vivas

Ausente con permiso

AUGUSTO MORALES VALENCIA
Magistrado

CONSTANCIA SECRETARIAL: A Despacho del señor Magistrado el presente medio de control informándole que ingresó por reparto el presente proceso; está pendiente de resolver sobre la admisión del recurso de apelación interpuesto contra la sentencia de primera instancia.

Septiembre 17 de 2021



CARLOS ANDRÉS DIEZ VARGAS

Secretario

Auto de Sustanciación:	164-2021
Asunto:	Segunda instancia
Naturaleza:	Nulidad y Restablecimiento del Derecho.
Radicación:	17-001-33-39-007-2018-00179-02
Demandante:	Luz Marina Gómez Díaz
Demandado:	Nación – Ministerio de Defensa – Policía Nacional

REPÚBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS

Manizales, veinte (20) de septiembre de dos mil veintiuno (2021).

El Juzgado Séptimo Administrativo del Circuito de Manizales, profirió sentencia en providencia del 27 de mayo de 2021.

La anterior providencia fue notificada a las partes el 28 de mayo de 2021.

La parte **DEMANDADA** presentó recurso de apelación el 11 de junio de 2021, en consecuencia, por reunir los requisitos legales y de conformidad con lo establecido en el numeral 3 del artículo 247 del CPACA (modificado por el art. 67 de la Ley 2080 de 2021), se admite el recurso de apelación.

Notifíquese personalmente al señor Agente del Ministerio Público y por estado a las partes.

Notifíquese y Cúmplase

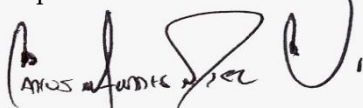


DOHOR EDWIN VARÓN VIVAS

Magistrado

CONSTANCIA SECRETARIAL: A Despacho del señor Magistrado el presente medio de control informándole que ingresó por reparto el presente proceso; está pendiente de resolver sobre la admisión del recurso de apelación interpuesto contra la sentencia de primera instancia.

Septiembre 17 de 2021



CARLOS ANDRÉS DIEZ VARGAS

Secretario

Auto de Sustanciación:	167-2021
Asunto:	Segunda instancia
Naturaleza:	Nulidad y Restablecimiento del Derecho.
Radicación:	17-001-33-39-008-2018-00189-02
Demandante:	Andres Sánchez Giraldo
Demandado:	Nación – Ministerio de Defensa – Ejército Nacional.

REPÚBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS

Manizales, veinte (20) de septiembre de dos mil veintiuno (2021).

El Juzgado Octavo Administrativo del Circuito de Manizales, profirió sentencia en providencia del 18 de diciembre de 2020.

La anterior providencia fue notificada a las partes el 19 de enero de 2021.

La parte **DEMANDANTE** presentó recurso de apelación el 26 de enero de 2021, en consecuencia, por reunir los requisitos legales y de conformidad con lo establecido en el numeral 3 del artículo 247 del CPACA (modificado por el art. 67 de la Ley 2080 de 2021), se admite el recurso de apelación.

Notifíquese personalmente al señor Agente del Ministerio Público y por estado a las partes.

Notifíquese y Cúmplase



DOHOR EDWIN VARÓN VIVAS

Magistrado

17-001-33-33-006-2018-00338-02

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO

DE CALDAS

SALA 4ª DE DECISIÓN ORAL

Magistrado Ponente: AUGUSTO MORALES VALENCIA

Manizales, diecisiete (17) de SEPTIEMBRE de dos mil veintiuno (2021)

S. 089

La Sala 4ª de Decisión Oral del Tribunal Administrativo de Caldas, conformada por los Magistrados AUGUSTO MORALES VALENCIA, quien la preside, AUGUSTO RAMÓN CHÁVEZ MARÍN y PUBLIO MARTÍN ANDRÉS PATIÑO MEJÍA, procede a dictar sentencia de segundo grado por vía del recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia emanada del Juzgado 6º Administrativo de Manizales, con la cual negó las pretensiones formuladas por la señora **LUZ MERY GARCÍA GALINDO** dentro del contencioso de **NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO** promovido contra la **NACIÓN-MINISTERIO DE EDUCACIÓN-FNPSM** y el **DEPARTAMENTO DE CALDAS**.

ANTECEDENTES

PRETENSIONES DE LA PARTE ACTORA.

- I) Se declare la nulidad de la Resolución N° 7710-6 de 10 de octubre de 2017.
- II) Se declare que la parte actora pertenece al régimen exceptuado previsto en el artículo 279 de la Ley 100 de 1993, que su situación se halla cobijada por el régimen especial previsto para los docentes vinculados antes del 27 de junio de 2003, y por ende, que su pensión de jubilación debe ser reajustada anualmente con base en lo previsto en las Leyes 91 de 1989 y 71 de 1988.
- III) Se condene a la parte accionada a aplicar el porcentaje previsto en el artículo 8 ordinal 5° de la Ley 91 de 1989 para los descuentos en salud, equivalente al 5%, cesando los actuales aportes del 12%.

IV) Se disponga el reajuste pensional de manera retroactiva, aplicando lo previsto en el artículo 1 de la Ley 71 de 1988, esto es, con base en el incremento anual del salario mínimo y no el IPC.

V) Se reintegren las sumas que han sido descontadas de su mesada pensional, superiores al 5% de las mesadas de julio y diciembre.

VI) Se paguen a la parte demandante las diferencias resultantes entre la mesada pensional reajustada y la que actualmente recibe.

VII) Se indexen las sumas reconocidas, y se condene en costas y agencias en derecho a la demandada.

A título de pretensión subsidiaria, impetra que de llegar a considerarse por el Tribunal que su régimen pensional es el consagrado en las Leyes 100 de 1993 y 797 de 2003, se ordene reintegrar a favor de la parte accionante lo descontado equivalente al 12% de las mesadas de junio y diciembre, se ordene cesar dichos aportes y se condene en costas a la accionada.

CAUSA PETENDI.

En síntesis, expresa lo siguiente:

- Se vinculó a la docencia oficial con anterioridad al 27 de junio de 2003, y al cumplir los requisitos de ley le fue reconocida pensión de jubilación, de la cual le han venido descontando el 12% de cada mesada pensional, incluidas las adicionales de junio y diciembre, con destino al sistema de salud.
- Pese a que en el acto de reconocimiento se dijo que el reajuste anual pensional se daría en virtud de lo dispuesto en el artículo 1 de la Ley 71 de 1988, dichos incrementos se han hecho conforme lo dispone el mandato 14 de la Ley 100 de 1993.
- Desde la promulgación de la Ley 100 de 1993, los incrementos anuales de las pensiones ordenados en el artículo 53 de la Carta Política vienen dándose

con la aplicación del Índice de Precios al Consumidor (IPC), según lo consagrado en el canon 14 de dicho dispositivo legal.

➤ Presentó solicitud ante la entidad demandada con el fin de que su pensión fuera incrementada conforme lo dispone el artículo 1 de la Ley 71 de 1988, igualmente que el descuento con destino al sistema de salud se ajustara al 5% de cada mesada, peticiones negadas a través del acto demandado.

NORMAS VIOLADAS Y CONCEPTO DE LA VIOLACIÓN.

Se invocaron: Constitución Política, arts. 1, 2, 4, 6, 13, 25, 29, 48, 53, 90, 121, 125 y 209 Ley 33 de 1985; Ley 91/89, art. 15, numeral 2 literal A; Ley 115 de 1994, art. 115; Ley 71/88, art. 1; Ley 238/95; Ley 100/93, art. 279; Ley 238 de 1995, art. 1; Ley 700 de 2011, art. 4; Ley 797 de 2003, art. 9; Ley 812 de 2003, art. 81; Ley 1151 de 2007, art. 160; Acto Legislativo 01 de 2005; Ley 1437 de 2011, art. 147.

Como juicio de la infracción, argumenta que con la decisión asumida por la demandada se atenta contra su derecho a mantener el poder adquisitivo de la mesada pensional, en la medida que las Leyes 71/88 y 238/95 disponen el ajuste periódico de las pensiones tomando como base el incremento que el gobierno nacional fije para el salario mínimo legal.

Añade que la llamada por pasiva viene ajustando las pensiones atendiendo lo dispuesto en el artículo 14 de la Ley 100 de 1993, es decir, el IPC; no obstante, los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio están excluidos del régimen pensional general en virtud del canon 279 de la misma norma, lo que incide en que desde el año 1996, se estén dando incrementos inferiores al aumento del salario mínimo mensual legal vigente.

Respecto a los aportes en salud y el monto que ha de ser descontado, acota que el FNPSM toma como excusa el artículo 81 de la Ley 812 de 2003 para incrementar el porcentaje de cotización al sistema, sin atender las precisiones que deben hacerse dependiendo de la vinculación al servicio

docente. Agrega que con la aplicación de manera indistinta de normas generales y especiales, se ha creado un tercer régimen no previsto por el legislador, en contravía del postulado 53 Superior.

CONTESTACIÓN AL LIBELO DEMANDADOR.

La **NACIÓN - MINISTERIO DE EDUCACIÓN - FNPSM** no contestó la demanda, conforme se hace constar a folio 79 vuelto del cuaderno principal.

A su turno, el **DEPARTAMENTO DE CALDAS** /fls. 58-63/ formuló como excepciones las de ‘FALTA DE LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA POR PASIVA’, fundamentada en que no le asiste competencia para el reconocimiento y pago de las prestaciones docentes, las cuales están en cabeza del FNPSM; ‘INAPLICABILIDAD DE LAS NORMAS QUE REGULAN LOS DESCUENTOS EN SALUD RÉGIMEN DOCENTE E INEXISTENCIA DEL DERECHO RECLAMADO’, teniendo en cuenta que las normas que gobiernan la pensión de la parte actora legitiman la forma de descontar los aportes con destino al sistema de salud; ‘BUENA FE’ atendiendo a que su actuación se ha ceñido a los postulados legales; y ‘PRESCRIPCIÓN’, con base en los Decretos 3135 de 1968 y 1838 de 1969.

LA SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

La Jueza 6ª Administrativa de Manizales dictó sentencia negando las pretensiones de la parte actora en los términos que pasan a compendiarse /fls. 83-93 cdno. 1/.

En primer término, declaró probada la excepción de falta de legitimación en la causa por pasiva del DEPARTAMENTO DE CALDAS, para lo cual indicó que con base en los profusos pronunciamientos de esta jurisdicción, el reconocimiento de las prestaciones sociales de los docentes está a cargo de la NACIÓN-MINISTERIO DE EDUCACIÓN-FNPSM.

En cuanto al fondo del asunto, determinó que la remisión que hace el régimen docente a la ley 100 de 1993 se concreta en la tasa de cotización al sistema de salud, incluyendo los descuentos sobre las mesadas adicionales de junio y

diciembre. En cuanto al incremento de la mesada pensional, expuso que la Ley 100/93 consagra que este debe darse con base en el I.P.C, y derogó las disposiciones contrarias a sus mandatos, como lo es en este caso el artículo 1 de la Ley 71 de 1988.

EL RECURSO DE SEGUNDO GRADO.

Mediante memorial de folios 95 a 106, la parte demandante impugnó la sentencia de primera instancia, centrando su desacuerdo con la decisión en los puntos que a continuación se relacionan.

Expresa que la sentencia de primer grado desconoce la supremacía constitucional y la prevalencia de las normas especiales sobre las generales, en la medida que el artículo 1 de la Ley 71 de 1988, aún vigente para un grupo de docentes, circunscribe el aumento del valor de las pensiones al incremento del salario mínimo mensual legal vigente. En este sentido, desestima el argumento según el cual ese artículo haya sido sustituido por el canon 14 de la Ley 100 de 1993, pues a los docentes vinculados antes de la Ley 812 de 2003 como es su caso, han de aplicarse las normas anteriores a su vigencia.

Plantea que con la promulgación de la Ley 238 de 1995, el legislador pretendió que los pensionados mantuvieran el poder adquisitivo de estas prestaciones, pudiendo optar por el régimen general o el especial según les resulte más favorable, es decir, se aplica el artículo 14 de la Ley 100 de 1993 siempre y cuando redunde en beneficio del pensionado, en todo caso, indica que los docentes ya contaban con una norma que les garantizaba mantener el poder adquisitivo de la mesada, como lo es la Ley 71/88.

Reitera que con base en la Ley 812 de 2003 y el Acto Legislativo N° 01 de 2005, el régimen pensional de los docentes vinculados antes de promulgada esa norma está conformado por la Ley 91 de 1989 y las normas que la complementen, como la citada Ley 71/88, por lo que solo a los docentes vinculados luego de proferida la Ley 812/03 resulta viable aplicarles el ajuste del IPC previsto en el artículo 14 de la Ley 100 de 1993. De la misma manera, cuestiona que no se haya empleado el principio de favorabilidad, pues a su

juicio, es claro que existen dos regímenes pensionales, uno general y aquel que cobija a los docentes.

En cuanto a los descuentos en salud sobre las mesadas pensionales, acota que estos deben ser del 5% y no del 12%, atendiendo lo dispuesto en las Sentencias T-348 de 1997, C-956 de 2001 y C-980 de 2002, por lo que considera que proceder en contravía de esta hermenéutica implica la creación de un tercer régimen o una disposición desfavorable para el docente.

CONSIDERACIONES DE LA SALA DE DECISIÓN

Pretende la parte actora la nulidad del acto administrativo con el cual se negó el reajuste periódico de la pensión de jubilación con base en el incremento anual del salario mínimo mensual legal vigente, atendiendo los dictados de la Ley 71 de 1988, así como la reducción del monto de los aportes con destino al sistema de salud del 12% al 5%.

PROBLEMA JURÍDICO

Atendiendo a la postura erigida por la parte apelante y a lo expuesto en el fallo de primer grado, los problemas jurídicos a resolver en el presente asunto se contraen a la dilucidación de los siguientes interrogantes:

- *¿Le asiste derecho a la parte nulidisciente al reajuste periódico de la pensión de jubilación con base en el incremento del salario mínimo mensual legal vigente, según lo establece la Ley 71 de 1988?*
- *¿Qué porcentaje debe aplicarse sobre la mesada pensional de la parte actora, para realizar el descuento con destino al sistema de salud?*

- *¿Tiene derecho la parte actora a que no se le realicen los descuentos con destino al sistema de salud sobre las mesadas adicionales de su pensión ordinaria de jubilación?*

(I)

AJUSTE PERIÓDICO DE LAS PENSIONES

El artículo 53 de la Carta Política establece un mandato dirigido a la protección de los ingresos de los pensionados, a través del mantenimiento del poder adquisitivo de las mesadas pensionales:

“ARTICULO 53. El Congreso expedirá el estatuto del trabajo. La ley correspondiente tendrá en cuenta por lo menos los siguientes principios mínimos fundamentales:

Igualdad de oportunidades para los trabajadores; remuneración mínima vital y móvil, proporcional a la cantidad y calidad de trabajo; estabilidad en el empleo; irrenunciabilidad a los beneficios mínimos establecidos en normas laborales; facultades para transigir y conciliar sobre derechos inciertos y discutibles; situación más favorable al trabajador en caso de duda en la aplicación e interpretación de las fuentes formales de derecho; primacía de la realidad sobre formalidades establecidas por los sujetos de las relaciones laborales; garantía a la seguridad social, la capacitación, el adiestramiento y el descanso necesario; protección especial a la mujer, a la maternidad y al trabajador menor de edad.

El estado garantiza el derecho al pago oportuno y al reajuste periódico de las pensiones legales” /Destaca el Tribunal/.

Este cometido constitucional encuentra desarrollo en diversos instrumentos de índole legal, incluso, se encuentra previsto en diferentes disposiciones anteriores a la Carta Política de 1991. Verbigracia, el canon 1 de la Ley 4ª de 1976¹ disponía a la sazón:

¹ “Por la cual se dictan normas sobre materia pensional de los sectores público, oficial, semioficial y privado y se dictan otras disposiciones”.

“Artículo 1º.- Las pensiones de jubilación, invalidez, vejez y sobrevivientes, de los sectores público, oficial, semioficial, en todos sus órdenes, y en el sector privado, así como las que paga el Instituto Colombiano de los Seguros Sociales a excepción de las pensiones por incapacidad permanente parcial, se reajustarán de oficio, cada año, en la siguiente forma:

Cuando se eleve el salario mínimo mensual legal más alto, se procederá como sigue: con una suma fija igual a la mitad de la diferencia entre el antiguo y el nuevo salario mínimo mensual legal más alto, más una suma equivalente a la mitad del porcentaje que represente el incremento entre el antiguo y el nuevo salario mínimo mensual legal más alto, esto último aplicado a la correspondiente pensión”.

Posteriormente, los parámetros para la actualización del valor de las pensiones fueron modificados por el artículo 1 de la Ley 71 de 1988, por cuyo ministerio:

“ARTICULO 1o. Las pensiones a que se refiere el artículo 1o. de la Ley 4a. de 1976, las de incapacidad permanente parcial y las compartidas, serán reajustadas de oficio cada vez y con el mismo porcentaje en que sea incrementado por el Gobierno el salario mínimo legal mensual.

PARAGRAFO. Este reajuste tendrá vigencia simultánea a la que se fija para el salario mínimo” /Destaca la Sala/.

En análogos términos, el Decreto 1160 de 1989 reiteró el mandato de reajuste pensional tomando como parámetro el incremento del salario mínimo decretado por el Gobierno Nacional:

“Reajuste pensional. Las pensiones de jubilación, invalidez, vejez, incapacidad permanente parcial, compartidas y de sobrevivientes, de los sectores público, privado y del Instituto de Seguros Sociales, se reajustarán de oficio y en forma simultánea con el salario mínimo legal, en el mismo

porcentaje en que éste sea incrementado por el Gobierno Nacional”.

Con la promulgación de la Ley 100 de 1993, se introdujo un cambio en el parámetro de aumento periódico de la mesadas pensionales, dependiendo del valor de la misma, pues una es la regla aplicable cuando la pensión es equivalente al valor del salario mínimo mensual legal vigente, y otra cuando es superior a dicho guarismo. Al respecto, el artículo 14 de dicho esquema disposicional prevé:

“ARTÍCULO 14. REAJUSTE DE PENSIONES. Con el objeto de que las pensiones de vejez o de jubilación, de invalidez y de sustitución o sobreviviente, en cualquiera de los dos regímenes del sistema general de pensiones, mantengan su poder adquisitivo constante, se reajustarán anualmente de oficio, el primero de enero de cada año, según la variación porcentual del Índice de Precios al Consumidor, certificado por el DANE para el año inmediatamente anterior. No obstante, las pensiones cuyo monto mensual sea igual al salario mínimo legal mensual vigente, serán reajustadas de oficio cada vez y con el mismo porcentaje en que se incremente dicho salario por el Gobierno.” /Resaltado del Tribunal/.

La norma en mención fue objeto de estudio de constitucionalidad, cuyo resultado fue la exequibilidad, declarada mediante la Sentencia C-387 de 1994², de la cual la Sala destaca en lo pertinente, lo siguiente:

“Para la Corte es evidente que ese tratamiento distinto ante situaciones iguales, a la luz de los cánones constitucionales, tiene una justificación clara y razonable, cual es la de dar especial protección a aquellos pensionados que por devengar una pensión mínima se encuentran, por razones económicas, en situación de debilidad manifiesta frente a los demás. En consecuencia, ha decidido el legislador que el valor de la pensión para esas personas se reajuste en un

² MP. Dr. Carlos Gaviria Díaz.

porcentaje igual al del salario mínimo legal mensual, con el fin de que dicho ingreso conserve su poder adquisitivo y así pueda el beneficiario satisfacer sus necesidades básicas y llevar una vida digna.

(...) Así las cosas, no le asiste razón al demandante, pues no es posible afirmar con certeza cuál de los dos sistemas podría resultar más benéfico para el pensionado, ya que ello dependerá del comportamiento que presente cada uno de esos factores a través del tiempo, de manera que habrá ocasiones en que el índice de precios al consumidor sea superior al porcentaje en que se incremente el salario mínimo, y en otras, éste sea inferior a aquél, o pueden existir casos en que los dos sean iguales.

De otra parte, estima la Corte pertinente agregar que la Constitución al consagrar el derecho al reajuste periódico de las pensiones (art. 53 inc. 2o.), no señala la proporción en que éstas deben incrementarse, como tampoco la oportunidad o frecuencia en que debe llevarse a cabo, quedando en manos del legislador la regulación de estos aspectos, como en efecto lo hace la norma parcialmente impugnada” /Destacado del Tribunal/.

Por su parte, el H. Consejo de Estado³ se pronunció sobre la vigencia del artículo 1 de la Ley 71 de 1988 y el alcance de la fórmula del incremento pensional consagrado en la Ley 100 de 1993:

“Ahora bien, en criterio de la parte demandante, la mesada de quienes se pensionaron con anterioridad al

³ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección A, M.P. William Hernández Gómez, 17 de agosto de dos mil diecisiete (2017) Rad. 11001-03-24-000-2010-00007-00(3294-14).

1.º de abril de 1994 debe incrementarse en la forma prevista por la Ley 71 del 19 de diciembre de 1988, esto es, en el mismo porcentaje en que se ajustaba el salario mínimo, afirmación frente a la cual debe indicarse que el hecho de que el porcentaje en el cual se reajusta la pensión no sea un derecho adquirido, implica que el sistema definido por la Ley 100 de 1993 podía regular válidamente la proporción del aumento de la prestación, derogando el enunciado normativo que venía rigiendo hasta ese momento, tal y como lo admitió la Corte Constitucional en la sentencia C-110 de 1996, al señalar:

« (...) A partir del 1.º de enero de 1989 y hasta la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, todas las pensiones que fueron reconocidas en el país, tanto en el sector público como en el privado, se reajustaron anualmente conforme a la formula (sic) prevista en la Ley 71 de 1988, esto es, en el mismo porcentaje en que se incrementó por el Gobierno el salario mínimo legal mensual. Con la expedición de la Ley 100 de 1993 y su entrada en vigencia, las pensiones reconocidas antes y después de dicha ley, se vienen reajustando en la forma prevista por su artículo 14 y teniendo en cuenta lo dispuesto en los artículos 142 y 143 ibídem, lo que significa que el referido reajuste se produce anualmente según la variación porcentual del Índice de Precios al Consumidor, certificado por el DANE para el año inmediatamente anterior, más la mesada adicional y el reajuste equivalente a la elevación en la cotización para salud, a favor de los pensionados con anterioridad al 1º de enero de 1994 (...)

Conclusión: Conforme a las consideraciones expuestas, el porcentaje de reajuste de la mesada pensional no es un derecho adquirido, por lo tanto la jurisprudencia de

la Corte Constitucional ha considerado que el legislador está habilitado para modificar las normas que consagran la proporción en que se realizarán los aumentos de las mesadas pensionales”.

De acuerdo con lo anterior, el reajuste previsto por el artículo 14 de la Ley 100 de 1993 sí es aplicable a quienes les fue reconocida la pensión antes del 1.º de abril de 1994 y no el definido por la Ley 71 del 19 de diciembre de 1988, toda vez que esta última quedó derogada por aquella” /Subrayas fuera del texto/.

Por otra parte, uno de los argumentos en los que insiste la parte actora en su recurso de apelación se entrelaza con el principio de favorabilidad en materia pensional, que a su juicio, legitima la aplicación del incremento pensional con el aumento del salario mínimo legal mensual vigente, previsto en la Ley 71 de 1988. En punto a este raciocinio, la Corte Constitucional se pronunció en la Sentencia C-425 de 2017⁴ esbozando:

“ (...) Lo anterior, hasta el punto de que en su demanda no sólo solicita declarar inexecutable el apartado demandado, según el cual las pensiones “se reajustarán anualmente de oficio, el primero de enero de cada año, según la variación porcentual del Índice de Precios al Consumidor, certificado por el DANE para el año inmediatamente anterior”, sino que incluso le pide a la Corte señalar que lo más favorable para el pensionado es “la medición del poder adquisitivo constante de las pensiones por el método de medición de la equivalencia de las pensiones en relación con el Salario Mínimo Legal Vigente”[85], como si este fuese expresamente el mandato constitucional

⁴ M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez.

(...) Por lo tanto, se concluye que además de que la propia Constitución faculta al legislador a decidir, con autonomía política, de qué manera reajustar periódicamente el valor de las pensiones, de tal forma que no hay lugar aquí para la aplicación del principio de favorabilidad en materia laboral del que trata el artículo 53 superior, en todo caso los índices o referencias de actualización a los que acudió el legislador para actualizar las pensiones de forma diferenciada según su valor (IPC y SMLMV) tienen un origen, una explicación y unos propósitos diferentes, al mismo tiempo que se relacionan entre ellos de una forma particular.. (...)

Al mismo tiempo que, se reitera, el constituyente impuso al legislador el deber general de actualizar el monto de las pensiones para que fuesen consistentes con el fenómeno de la pérdida del poder adquisitivo de la moneda, pero no impuso un modelo específico de actualización, motivo por el cual el Congreso cuenta con un amplio margen de configuración para fijar las fórmulas específicas a través de las cuales se materializa este deber genérico, sin que se encuentre obligado a acoger un esquema económico que, a juicio del accionante, resulte más favorable a los intereses de los pensionados entre todos los posibles” /Resaltados del Tribunal/.

Finalmente, es claro que los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio (FNPSM) se hallan excluidos del régimen pensional general previsto en la Ley 100 de 1993 en virtud del expreso mandato del artículo 279 de esa norma⁵, no obstante, este mandato legal

⁵ “(...) Así mismo, se exceptúa a los afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, creado por la Ley 91 de 1989, cuyas prestaciones a cargo serán compatibles con pensiones o cualquier clase de remuneración. Este Fondo será responsable de la expedición y

debe leerse en armonía con el canon 1 parágrafo 4 de la Ley 238 de 2005, que reza:

“ARTÍCULO 1o. Adiciónese al artículo 279 de la Ley 100 de 1993, con el siguiente parágrafo: (...)

“Parágrafo 4. Las excepciones consagradas en el presente artículo no implican negación de los beneficios y derechos determinados en los artículos 14 y 142 de esta ley para los pensionados de los sectores aquí contemplados”. /Resaltado de la Sala/

Recogiendo los elementos presentes en el marco normativo y jurisprudencial reproducido en las líneas que anteceden, los cuestionamientos vertidos por la parte demandante contra el fallo de primer grado, y con ellas las súplicas de la demanda, no encuentran eco de prosperidad, por diversas razones.

De un lado, la jurisprudencia constitucional justifica el establecimiento de un marco diferencial de protección a las personas que devengan pensiones cuyo valor es equivalente a un (1) salario mínimo mensual, respecto a aquellos pensionados que devengan una mesada superior, como medida positiva encaminada a lograr el mandato de igualdad real y efectiva (art. 13 C.P.). En todo caso, la Corte deja en claro que el salario mínimo y el I.P.C. responden a factores y realidades diferentes, no siempre predecibles, por lo que no puede realizarse un juicio de comparación puro y simple entre ambos.

Adicional a ello, es de suma importancia resaltar que el canon 53 de la Carta, al paso que consagra el mandato de incremento periódico de las pensiones de tal forma que mantengan su poder adquisitivo, no sujeta este postulado a un método específico, dejando en manos del legislador la materialización de este cometido, lo cual precisamente ocurre con el artículo 14 de la Ley 100/93, expedido en uso de la libertad de configuración que sobre el particular le asiste al Congreso de la República.

pago de bonos pensionales en favor de educadores que se retiren del servicio, de conformidad con la reglamentación que para el efecto se expida. (...)” /Subrayado de la Sala/.

Justamente, al referirse a dicho texto legal, tanto la Corte Constitucional como el supremo órgano de lo contencioso administrativo son contestes en aludir que el artículo 1 de la Ley 71 de 1988 ha de entenderse derogado por el canon 14 de la Ley 100/93, incluso, respecto a quienes obtuvieron su derecho pensional con anterioridad a aquella disposición, todo ello bajo el entendido de que el porcentaje de incremento o reajuste pensional anual no constituye un derecho adquirido.

Bajo esta óptica, ha de concluirse que si bien los docentes vinculados antes de la vigencia de la Ley 812 de 2003 cuentan con un régimen pensional especial y diferente al general consagrado en la Ley 100 de 1993, de ello no se sigue que al amparo de este régimen puedan acudir a la Ley 71/88 para obtener un incremento pensional anual diferente al vigente, pues este aspecto no integra el régimen pensional propiamente dicho.

Ante este panorama, tampoco resulta de recibo el argumento relacionado con el principio de favorabilidad, pues existe una disposición expresa sobre la forma en la que proceden los aumentos pensionales, y la existencia de aumentos pensionales con base en el salario mínimo únicamente se justifica en el caso de las pensiones cuyo monto equivale a este salario.

CASO CONCRETO

En virtud de lo expuesto y abordados los pormenores del caso, resulta evidente que la pensión reconocida por el FNPSM a favor de la señora LUZ MERY GARCÍA GALINDO supera con creces el valor del salario mínimo legal mensual vigente (la mesada pensional reconocida equivale a \$ 1'219.763 para 2006) /fls. 40-41/, por lo que la entidad demandada, al negar el incremento pretendido al tenor del artículo 1 de la Ley 71 de 1988 se ajustó plenamente al ordenamiento jurídico, lo que derivaba en una decisión negativa frente a las pretensiones de la demanda, como en efecto ocurrió.

(II) DESCUENTOS CON DESTINO AL SISTEMA DE SALUD

El principio de solidaridad constituye uno de los pilares del Sistema General de Seguridad Social tanto en salud como en pensiones, y de él se derivan algunas obligaciones de los afiliados, como lo es contribuir a su financiación a través de aportes (art. 48 C.P.). En el mismo sentido se encuentra concebido el servicio de salud en el canon 49 constitucional, soportado en la solidaridad como elemento medular de su prestación.

En relación con los pensionados, la Ley 100 de 1993 los cataloga como afiliados con capacidad de pago, por lo que se encuentran en el régimen contributivo del sistema de salud (art. 175, lit. A, num. 1), incluso, el canon 143 de ese esquema disposicional establece que quienes hayan obtenido el reconocimiento pensional antes de la entrada en vigencia de la norma, tendrían derecho al reajuste mensual según la tasa de cotización en salud, además, instituye que la obligación de cotizar en salud se halla en cabeza de los pensionados en su totalidad.

Al pronunciarse sobre la obligación de los pensionados de cotizar con destino al sistema de salud, la H. Corte Constitucional⁶ expresó:

“(...) Entonces, incluso los regímenes de excepción tienen el deber de cotizar al Sistema General de Seguridad Social, para la prestación de los servicios médico asistenciales, situación que no varió con la expedición de la Ley 100 de 1993. Esto encuentra respaldo en el principio de solidaridad que caracteriza este sistema. Así en las sentencia C-1000 de 2007, la Corte reiteró la posición de la obligación de cotizar al Sistema, señalada en la C-548 de 1998 y sobre los aportes que deben efectuar los pensionados señaló:

“(...) frente al deber que tienen los pensionados de cotizar en materia de salud, la Corte ha estimado que (i) es un desarrollo natural de los preceptos constitucionales que la ley ordene brindar asistencia médica a los pensionados y que prevea que

⁶ Sentencia T-835 de 2014.

éstos paguen una cotización para tal efecto, ya que la seguridad social no es gratuita sino que se financia, en parte, con los mismos aportes de los beneficiarios, de conformidad con los principios de eficiencia, solidaridad y universalidad; y (ii) no viola la constitución que el legislador establezca que los pensionados deben cotizar en materia de salud.”

En conclusión todo pensionado debe contribuir a la sostenibilidad y eficiencia del sistema General de Salud, no sólo para recibir los distintos beneficios, sino para financiar el sistema en su conjunto, colaborando con sus aportes a la prestación de la asistencia médica de todas las personas que pertenecen al régimen subsidiado, en desarrollo del principio de solidaridad consagrado en la Constitución. (...) /Resalta el Tribunal/”.

En cuanto al monto sobre el cual se deben realizar los aportes en salud, las normas anteriores a la Ley 100 de 1993 contenían porcentajes que regularmente equivalían al 5%, como ocurría en el caso de la Ley 4ª de 1966 para el caso de los pensionados de la extinta CAJA NACIONAL DE PREVISIÓN SOCIAL - CAJANAL. En el mismo sentido, el Decreto 3135 de 1968 dispuso:

“A los pensionados por invalidez, jubilación y retiro por vejez se les prestará por la entidad que les pague la pensión, asistencia médica, farmacéutica, quirúrgica y hospitalaria. Para este efecto el pensionado cotizará mensualmente un cinco por ciento (5%) de su pensión”.

En el caso de los educadores, la Ley 91 de 1989, creó el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, que tiene como uno de sus objetivos garantizar la prestación de los servicios médico-asistenciales de los profesores, y en el artículo 8 de la citada ley se establece que esta cuenta se haya constituida, entre otros, por *‘El 5% de cada mesada pensional que pague el Fondo incluidas las mesadas adicionales, como aporte de los pensionados’*.

Sin embargo, el porcentaje fue modificado con posterioridad con la expedición de la Ley 812 de 2003, que introdujo modificaciones sustanciales al régimen pensional docente. En el artículo 81 esta norma prescribe:

“ARTÍCULO 81. RÉGIMEN PRESTACIONAL DE LOS DOCENTES OFICIALES. El régimen prestacional de los docentes nacionales, nacionalizados y territoriales, que se encuentren vinculados al servicio público educativo oficial, es el establecido para el Magisterio en las disposiciones vigentes con anterioridad a la entrada en vigencia de la presente ley.

Los docentes que se vinculen a partir de la entrada en vigencia de la presente ley, serán afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y tendrán los derechos pensionales del régimen pensional de prima media establecido en las Leyes 100 de 1993 y 797 de 2003, con los requisitos previstos en él, con excepción de la edad de pensión de vejez que será de 57 años para hombres y mujeres.

Los servicios de salud para los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, serán prestados de conformidad con la Ley 91 de 1989, las prestaciones correspondientes a riesgos profesionales serán las que hoy tiene establecido el Fondo para tales efectos.

El valor total de la tasa de cotización por los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio corresponderá a la suma de aportes que para salud y pensiones establezcan las Leyes 100 de 1993 y 797 de 2003, manteniendo la misma distribución que exista para empleadores y trabajadores. La distribución del monto de estos recursos la hará el Consejo Directivo del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, en lo correspondiente a las cuentas de salud y pensiones” /Subraya el Tribunal/.

En atención a la remisión normativa de que trata el canon citado, la Ley 100 de 1993 consagra el monto de las cotizaciones con destino al sistema de salud a cargo de los afiliados en el artículo 204, por cuyo ministerio:

“(…) La cotización obligatoria que se aplica a los afiliados al sistema general de seguridad social en salud según las normas del presente régimen, será máximo del 12% del salario base de cotización, el cual no podrá ser inferior al salario mínimo. Dos terceras partes de la cotización estarán a cargo del empleador y una tercera parte a cargo del trabajador. Un punto de la cotización será trasladado al fondo de solidaridad y garantía para contribuir a la financiación de los beneficiarios del régimen subsidiado”
/Resalta la Sala/.

Debe anotarse que esta preceptiva fue objeto de dos (2) modificaciones relacionadas con el valor o monto de las cotizaciones al sistema de salud, de la siguiente manera:

(i) Mediante la Ley 1122 de 2007, artículo 10, la cotización al régimen contributivo en salud a partir del 1º de enero de 2007 pasó a ser *‘del 12,5% del ingreso o salario base de cotización, el cual no podrá ser inferior al salario mínimo. La cotización a cargo del empleador será del 8.5% y a cargo del empleado del 4%. Uno punto cinco (1,5) de la cotización serán trasladados a la subcuenta de Solidaridad del Fosyga para contribuir a la financiación de los beneficiarios del régimen subsidiado’*.

(ii) Luego, la Ley 1250 de 2008 adicionó el canon 204 de la Ley 100/93 al prescribir que *‘La cotización mensual al régimen contributivo de salud de los pensionados será del 12% del ingreso de la respectiva mesada pensional’*.

De igual manera, el deber de cotizar al sistema de salud en cabeza de los pensionados del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio (FNPSM), así como el monto de los aportes, fue objeto de pronunciamiento

por el H. Consejo de Estado⁷, que en reciente oportunidad puntualizó lo siguiente:

“Del análisis de la normatividad referida [artículos 2 de la Ley 4 de 1966 y 8.5 de la Ley 91 de 1989 que tratan del descuento del 5% para el Fondo incluidas las mesadas adicionales], se evidencia que el legislador, sentó para todos los afiliados a la Caja Nacional forzosos y voluntarios e incluidos los pensionados la obligación de cotizar para salud, deber que también opera para los afiliados al Fondo de Prestaciones Sociales. Actualmente, con el sistema de seguridad social integral previsto en la Ley 100 de 1993, del cual hace parte el subsistema de seguridad social en salud, una de las obligaciones de los afiliados es justamente efectuar las cotizaciones. (Artículo 161 Ley 100 de 1993). Lo propio hizo el artículo 8º de la Ley 91 de 1989, respecto del personal afiliado al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, que incluye también a los pensionados. (Pensión ordinaria) (...)

6.2. Afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio

<i>Ley 91 de 1989 artículo 8-5</i>	<i>5%</i>
<i>Ley 812 de 2003, 8, artículo 81</i>	<i>El valor total de la tasa de cotización por los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio corresponderá a la suma de aportes que para salud y pensiones establezcan las Leyes 100 de 1993 y 797 de 2003, manteniendo la misma</i>

⁷ Consejo de Estado- Sala de lo Contencioso Administrativo- Sección Segunda -Subsección B- Consejero ponente: César Palomino Cortés-, diez (10) de mayo de dos mil dieciocho (2018) - Radicación número: 68001-23-31-000-2010-00624-01(0340-14)

⁸ Corte Constitucional. Sentencia C-529 de 23 de junio de 2010

	<i>distribución que exista para empleadores y trabajadores. La distribución del monto de estos recursos la hará el Consejo Directivo del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, en lo correspondiente a las cuentas de salud y pensiones.</i>

Así las cosas, la cotización para salud del sistema general de los docentes afiliados al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, es el mismo porcentaje del régimen general (...)”
/Subrayado del Tribunal/.

A voces de las normas parcialmente reproducidas, el ordenamiento constitucional atribuye a los afiliados al Sistema General de Seguridad Social - *entre ellos los pensionados*- el deber de materializar el principio de solidaridad a través de los aportes o cotizaciones destinados a generar su viabilidad financiera. Así mismo, aun cuando la Ley 91 de 1989 originalmente previó un porcentaje del 5% como monto de la cotización, este asciende en la actualidad al 12%, en virtud de la modificación introducida por la Ley 812 de 2003, que remite a los mandatos de orden pensional general.

Finalmente, en lo que atañe a los descuentos sobre mesadas adicionales, estos se hallan previstos en la Ley 91/89, según la cual el FNPSM se halla constituido, entre otros recursos, por ‘*El 5% de cada mesada pensional que pague el Fondo incluidas las mesadas adicionales, como aporte de los pensionados*’, disposición que goza de plena vigencia en la medida que no ha sido objeto de derogatoria, bien sea tácita o expresa.

En este sentido, aun cuando la Ley 100 de 1993 no contempla la realización de descuentos sobre las mesadas adicionales, la Ley 91 de 1989 -*régimen especial para los docentes afiliados al FNPSM*- sí contiene dicha obligación, por lo que la extensión del régimen de cotizaciones de la Ley 100/93 a los profesores ha de entenderse exclusivamente ceñida al aumento del monto de la cotización (del 5% al 12%), y no conlleva la derogatoria del canon 8 de la Ley 91/89, en cuanto prescribe que tales mesadas serán objeto de aportes

con destino al sistema de salud.

Finalmente, el Tribunal trae a colación los planteamientos esbozados por el H. Consejo de Estado⁹ al abordar las pretensiones de devolución de aportes realizados sobre las mesadas adicionales de un pensionado afiliado al FNPSM:

“(…) A partir de lo anterior, esta Sala advierte, en síntesis, que el tribunal, señaló que aunque la Ley 812 de 2003 gobierna el monto de las cotizaciones a salud de los pensionados afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, es necesario remitirse a la Ley 91 de 1989, en lo que toca con la posibilidad de efectuar dichos descuentos sobre las mesadas adicionales.

En ese sentido, consideró viable el descuento por salud sobre la mesada catorce percibida por la accionante, por cuanto, aunque las Leyes 42 de 1982 y 43 de 1984, prohibían descuento alguno sobre las mesadas adicionales, en su criterio, estas normas fueron derogadas tácitamente por la Ley 91 de 1989, por haber sido expedida de forma posterior, la cual, contempló dichos descuentos sobre las mesadas adicionales, inclusive.

En esta perspectiva, advierte la Sala que el análisis normativo efectuado por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca es razonable, toda vez que se sustentó en la vigencia de las normas relevantes al asunto puesto en consideración, por lo que no es posible colegir que la providencia judicial cuestionada constituya un error sustantivo.” /Subraya el Tribunal/.

⁹ Sentencia de 14 de septiembre de 2017.

Por modo, aun cuando los descuentos sobre las mesadas adicionales no se encuentren previstos de manera explícita en la Ley 812 de 2003, la Sala es del criterio que dicha obligación no ha cesado, pues en atención al principio de solidaridad que informa todo el Sistema de Seguridad Social, los descuentos por este concepto se avienen al ordenamiento jurídico.

En conclusión, el acto demandado se ajusta a la legalidad en tanto dispone realizar los descuentos previstos expresamente en la Ley 91 de 1989 sobre las mesadas adicionales de los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, obligación que les asiste a los educadores por disposición de la norma en mención, y que no ha de entenderse suprimida, cesada o derogada por el hecho de que la Ley 812 de 2003 no haya reproducido de manera expresa dicho contenido.

Por ende, se confirmará la sentencia de primer grado.

COSTAS.

Se condenará en costas a la apelante, en virtud del supuesto previsto en el numeral 3 del artículo 365 del Código General del Proceso. Sin agencias en derecho en esta instancia por no haberse causado.

Por lo discurrido, el **Tribunal Administrativo de Caldas, SALA 4ª DE DECISIÓN ORAL**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

FALLA

CONFÍRMASE la sentencia emanada del Juzgado 6º Administrativo de Manizales, con la cual negó las pretensiones formuladas por la señora **LUZ MERY GARCÍA GALINDO** dentro del contencioso de **NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO** promovido contra la **NACIÓN-MINISTERIO DE EDUCACIÓN-FNPSM** y el **DEPARTAMENTO DE CALDAS**.

COSTAS en esta instancia a cargo de la parte demandante y a favor de la entidad demandada. Sin agencias en derecho en esta instancia.

Ejecutoriada esta providencia, **DEVUÉLVASE** el expediente al Juzgado de origen, previas las anotaciones del caso en el Programa Justicia Siglo XXI.

NOTIFÍQUESE conforme lo dispone el artículo 203 del C/CA.

Providencia discutida y aprobada en Sala de Decisión celebrada en la fecha, según consta en Acta N° 041 de 2021.

NOTIFÍQUESE



AUGUSTO MORALES VALENCIA
Magistrado



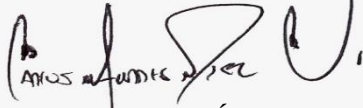
AUGUSTO RAMÓN CHÁVEZ MARÍN
Magistrado



PUBLIO MARTÍN ANDRÉS PATIÑO MEJÍA
Magistrado

CONSTANCIA SECRETARIAL: A Despacho del señor Magistrado el presente medio de control informándole que ingresó por reparto el presente proceso; está pendiente de resolver sobre la admisión del recurso de apelación interpuesto contra la sentencia de primera instancia.

Septiembre 17 de 2021



CARLOS ANDRÉS DIEZ VARGAS

Secretario

Auto de Sustanciación:	169-2021
Asunto:	Segunda instancia
Naturaleza:	Nulidad y Restablecimiento del Derecho.
Radicación:	17-001-33-39-006-2018-00514-02
Demandante:	Harold Ancizar Cortés
Demandado:	Nación - Fiscalía General de la Nación.

REPÚBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS

Manizales, veinte (20) de septiembre de dos mil veintiuno (2021).

El Juzgado Sexto Administrativo del Circuito de Manizales, profirió sentencia en providencia del 26 de marzo de 2021.

La anterior providencia fue notificada a las partes el 05 de abril de 2021.

La parte **DEMANDADA** presentó recurso de apelación el 07 de abril de 2021, en consecuencia, por reunir los requisitos legales y de conformidad con lo establecido en el numeral 3 del artículo 247 del CPACA (modificado por el art. 67 de la Ley 2080 de 2021), se admite el recurso de apelación.

Notifíquese personalmente al señor Agente del Ministerio Público y por estado a las partes.

Notifíquese y Cúmplase



DOHOR EDWIN VARÓN VIVAS

Magistrado

17-001-33-39-008-2018-00551-02

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO

DE CALDAS

SALA 4ª DE DECISIÓN ORAL

Magistrado Ponente: AUGUSTO MORALES VALENCIA

Manizales, diecisiete (17) de SEPTIEMBRE de dos mil veintiuno (2021)

S. 090

La Sala 4ª de Decisión Oral del Tribunal Administrativo de Caldas, conformada por los Magistrados AUGUSTO MORALES VALENCIA, quien la preside, AUGUSTO RAMÓN CHÁVEZ MARÍN y PUBLIO MARTÍN ANDRÉS PATIÑO MEJÍA, procede a dictar sentencia de segundo grado por vía del recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia emanada del Juzgado 8º Administrativo de Manizales, con la cual negó las pretensiones formuladas por el señor **CARLOS ARTURO OSORIO MURILLO** dentro del contencioso de **NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO** promovido contra la **NACIÓN-MINISTERIO DE EDUCACIÓN-FNPSM** y el **DEPARTAMENTO DE CALDAS**.

ANTECEDENTES

PRETENSIONES DE LA PARTE ACTORA.

- I) Se declare la nulidad de la Resolución N° 8598-6 de 3 de noviembre de 2017.
- II) Se declare que la parte actora pertenece al régimen exceptuado previsto en el artículo 279 de la Ley 100 de 1993, que su situación se halla cobijada por el régimen especial previsto para los docentes vinculados antes del 27 de junio de 2003, y por ende, que su pensión de jubilación debe ser reajustada anualmente con base en lo previsto en las Leyes 91 de 1989 y 71 de 1988.

III) Se condene a la parte accionada a aplicar el porcentaje previsto en el artículo 8 ordinal 5° de la Ley 91 de 1989 para los descuentos en salud, equivalente al 5%, cesando los actuales aportes del 12%.

IV) Se disponga el reajuste pensional de manera retroactiva, aplicando lo previsto en el artículo 1 de la Ley 71 de 1988, esto es, con base en el incremento anual del salario mínimo y no el IPC.

V) Se reintegren las sumas que han sido descontadas de su mesada pensional, superiores al 5% de las mesadas de julio y diciembre.

VI) Se paguen a la parte demandante las diferencias resultantes entre la mesada pensional reajustada y la que actualmente recibe.

VII) Se indexen las sumas reconocidas, y se condene en costas y agencias en derecho a la demandada.

A título de pretensión subsidiaria, impetra que de llegar a considerarse por el Tribunal que su régimen pensional es el consagrado en las Leyes 100 de 1993 y 797 de 2003, se ordene reintegrar a favor de la parte accionante lo descontado equivalente al 12% de las mesadas de junio y diciembre, se ordene cesar dichos aportes y se condene en costas a la accionada.

CAUSA PETENDI.

En síntesis, expresa lo siguiente:

➤ Se vinculó a la docencia oficial con anterioridad al 27 de junio de 2003, y al cumplir los requisitos de ley le fue reconocida pensión de jubilación, de la cual le han venido descontando el 12% de cada mesada pensional, incluidas las adicionales de junio y diciembre, con destino al sistema de salud.

➤ Pese a que en el acto de reconocimiento se dijo que el reajuste anual pensional se daría en virtud de lo dispuesto en el artículo 1 de la Ley 71 de 1988, dichos incrementos se han hecho conforme lo dispone el mandato 14 de la Ley 100 de 1993.

- Desde la promulgación de la Ley 100 de 1993, los incrementos anuales de las pensiones ordenados en el artículo 53 de la Carta Política vienen dándose con la aplicación del Índice de Precios al Consumidor (IPC), según lo consagrado en el canon 14 de dicho dispositivo legal.
- Presentó solicitud ante la entidad demandada con el fin de que su pensión fuera incrementada conforme lo dispone el artículo 1 de la Ley 71 de 1988, igualmente que el descuento con destino al sistema de salud se ajustara al 5% de cada mesada, peticiones negadas a través del acto demandado.

NORMAS VIOLADAS Y CONCEPTO DE LA VIOLACIÓN.

Se invocaron: Constitución Política, arts. 1, 2, 4, 6, 13, 25, 29, 48, 53, 90, 121, 125 y 209 Ley 33 de 1985; Ley 91/89, art. 15, numeral 2 literal A; Ley 115 de 1994, art. 115; Ley 71/88, art. 1; Ley 238/95; Ley 100/93, art. 279; Ley 238 de 1995, art. 1; Ley 700 de 2011, art. 4; Ley 797 de 2003, art. 9; Ley 812 de 2003, art. 81; Ley 1151 de 2007, art. 160; Acto Legislativo 01 de 2005; Ley 1437 de 2011, art. 147.

Como juicio de la infracción, argumenta que con la decisión asumida por la demandada se atenta contra su derecho a mantener el poder adquisitivo de la mesada pensional, en la medida que las Leyes 71/88 y 238/95 disponen el ajuste periódico de las pensiones tomando como base el incremento que el gobierno nacional fije para el salario mínimo legal.

Añade que la llamada por pasiva viene ajustando las pensiones atendiendo lo dispuesto en el artículo 14 de la Ley 100 de 1993, es decir, el IPC; no obstante, los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio están excluidos del régimen pensional general en virtud del canon 279 de la misma norma, lo que incide en que desde el año 1996, se estén dando incrementos inferiores al aumento del salario mínimo mensual legal vigente.

Respecto a los aportes en salud y el monto que ha de ser descontado, acota que el FNPSM toma como excusa el artículo 81 de la Ley 812 de 2003 para

incrementar el porcentaje de cotización al sistema, sin atender las precisiones que deben hacerse dependiendo de la vinculación al servicio docente. Agrega que con la aplicación de manera indistinta de normas generales y especiales, se ha creado un tercer régimen no previsto por el legislador, en contravía del postulado 53 Superior.

CONTESTACIÓN AL LIBELO DEMANDADOR.

La **NACIÓN - MINISTERIO DE EDUCACIÓN - FNPSM**, se pronunció de manera oportuna, oponiéndose a las pretensiones del libelo demandador y proponiendo las excepciones denominadas ‘COBRO DE LO NO DEBIDO’, ya que los descuentos con destino al sistema de salud responden a los principios de sostenibilidad y universalidad; y ‘PRESCRIPCIÓN’, con base en lo dispuesto en los Decretos 3135/68 y 1848/69 (PDF N° 1, págs. 74-83).

A su turno, el **DEPARTAMENTO DE CALDAS** (PDF N° 1, Págs. 63-68) formuló como excepciones las de ‘FALTA DE LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA POR PASIVA’, fundamentada en que no le asiste competencia para el reconocimiento y pago de las prestaciones docentes, las cuales están en cabeza del FNPSM; ‘BUENA FE’ atendiendo a que su actuación se ha ceñido a los postulados legales; y ‘PRESCRIPCIÓN’, con base en los Decretos 3135 de 1968 y 1838 de 1969.

LA SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

La Jueza 8ª Administrativa del Circuito de Manizales dictó sentencia negando las pretensiones de la parte actora en los términos que pasan a compendiarse (PDF N° 7).

Como sustento de la decisión, acudió a los artículos 14 de la Ley 100 de 1993 que regula el reajuste periódico de las pensiones, en desarrollo del mandato superior establecido en el canon 53 Constitucional; 279 de la misma norma, que preceptúa las excepciones para la aplicación del régimen general de pensiones.

Menciona que al tenor de lo analizado por la Corte Constitucional en Sentencia C-387 de 1994, el derecho al aumento en el valor de las pensiones en determinado monto no es un derecho adquirido, sino una mera expectativa, pues el legislador goza de un margen amplio de decisión sobre el método a emplear para el ajuste de las pensiones, siempre que se garantice el poder adquisitivo de su valor.

Abordando los pormenores del caso, estableció que con la expedición de la Ley 100 de 1993, quedaron sin efectos las disposiciones contrarias, como el artículo 1° de la Ley 71 de 1988 y con respecto de la violación del principio de favorabilidad, concluyó que solo aplica en caso de vacíos normativos o tratamientos distintos en casos iguales, lo cual no aplica en el caso.

En cuanto al segundo de los problemas jurídicos, referido al porcentaje de los descuentos con destino al sistema de salud, estimó que si bien con la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 se conservó el régimen especial en pensiones de los docentes (Ley 91 de 1989), en cuanto a los aportes al sistema de seguridad social estos sí deben ceñirse a la norma general, intelección que refuerza con lo esbozado por la Corte Constitucional en la Sentencia C-369 de 2004.

Finalmente, concluyó que la parte actora también debe realizar aportes con destino al sistema de salud sobre las mesadas de julio y diciembre, pues ingresó al servicio docente con anterioridad a la promulgación de la Ley 812 de 2003 y obtuvo su reconocimiento pensional con base en los mandatos de la Ley 91 de 1989.

EL RECURSO DE SEGUNDO GRADO.

Mediante memorial que constituye el PDF N° 8, la parte demandante impugnó la sentencia de primera instancia, centrando su desacuerdo con la decisión en los puntos que a continuación se relacionan.

Expresa que la sentencia de primer grado desconoce la supremacía constitucional y la prevalencia de las normas especiales sobre las generales,

en la medida que el artículo 1 de la Ley 71 de 1988, aún vigente para un grupo de docentes, circunscribe el aumento del valor de las pensiones al incremento del salario mínimo mensual legal vigente. En este sentido, desestima el argumento según el cual ese artículo haya sido sustituido por el canon 14 de la Ley 100 de 1993, pues a los docentes vinculados antes de la Ley 812 de 2003 como es su caso, han de aplicarse las normas anteriores a su vigencia.

Plantea que con la promulgación de la Ley 238 de 1995, el legislador pretendió que los pensionados mantuvieran el poder adquisitivo de estas prestaciones, pudiendo optar por el régimen general o el especial según les resulte más favorable, es decir, se aplica el artículo 14 de la Ley 100 de 1993 siempre y cuando redunde en beneficio del pensionado, en todo caso, indica que los docentes ya contaban con una norma que les garantizaba mantener el poder adquisitivo de la mesada, como lo es la Ley 71/88.

Reitera que con base en la Ley 812 de 2003 y el Acto Legislativo N° 01 de 2005, el régimen pensional de los docentes vinculados antes de promulgada esa norma está conformado por la Ley 91 de 1989 y las normas que la complementen, como la citada Ley 71/88, por lo que solo a los docentes vinculados luego de proferida la Ley 812/03 resulta viable aplicarles el ajuste del IPC previsto en el artículo 14 de la Ley 100 de 1993. De la misma manera, cuestiona que no se haya empleado el principio de favorabilidad, pues a su juicio, es claro que existen dos regímenes pensionales, uno general y aquel que cobija a los docentes.

En cuanto a los descuentos en salud sobre las mesadas pensionales, acota que estos deben ser del 5% y no del 12%, atendiendo lo dispuesto en las Sentencias T-348 de 1997, C-956 de 2001 y C-980 de 2002, por lo que considera que proceder en contravía de esta hermenéutica implica la creación de un tercer régimen o una disposición desfavorable para el docente.

**CONSIDERACIONES
DE LA
SALA DE DECISIÓN**

Pretende la parte actora la nulidad del acto administrativo con el cual se negó el reajuste periódico de la pensión de jubilación con base en el incremento anual del salario mínimo mensual legal vigente, atendiendo los dictados de la Ley 71 de 1988, así como la reducción del monto de los aportes con destino al sistema de salud del 12% al 5%.

PROBLEMA JURÍDICO

Atendiendo a la postura erigida por la parte apelante y a lo expuesto en el fallo de primer grado, los problemas jurídicos a resolver en el presente asunto se contraen a la dilucidación de los siguientes interrogantes:

- *¿Le asiste derecho a la parte nulidisciente al reajuste periódico de la pensión de jubilación con base en el incremento del salario mínimo mensual legal vigente, según lo establece la Ley 71 de 1988?*
- *¿Qué porcentaje debe aplicarse sobre la mesada pensional de la parte actora, para realizar el descuento con destino al sistema de salud?*
- *¿Tiene derecho la parte actora a que no se le realicen los descuentos con destino al sistema de salud sobre las mesadas adicionales de su pensión ordinaria de jubilación?*

(I)

AJUSTE PERIÓDICO DE LAS PENSIONES

El artículo 53 de la Carta Política establece un mandato dirigido a la protección de los ingresos de los pensionados, a través del mantenimiento del poder adquisitivo de las mesadas pensionales:

“ARTICULO 53. El Congreso expedirá el estatuto del trabajo. La ley correspondiente tendrá en cuenta por lo menos los siguientes principios mínimos fundamentales:

Igualdad de oportunidades para los trabajadores; remuneración mínima vital y móvil, proporcional a la cantidad y calidad de trabajo; estabilidad en el empleo; irrenunciabilidad a los beneficios mínimos establecidos en normas laborales; facultades para transigir y conciliar sobre derechos inciertos y discutibles; situación más favorable al trabajador en caso de duda en la aplicación e interpretación de las fuentes formales de derecho; primacía de la realidad sobre formalidades establecidas por los sujetos de las relaciones laborales; garantía a la seguridad social, la capacitación, el adiestramiento y el descanso necesario; protección especial a la mujer, a la maternidad y al trabajador menor de edad.

El estado garantiza el derecho al pago oportuno y al reajuste periódico de las pensiones legales” /Destaca el Tribunal/.

Este cometido constitucional encuentra desarrollo en diversos instrumentos de índole legal, incluso, se encuentra previsto en diferentes disposiciones anteriores a la Carta Política de 1991. Verbigracia, el canon 1 de la Ley 4ª de 1976¹ disponía a la sazón:

“Artículo 1º.- Las pensiones de jubilación, invalidez, vejez y sobrevivientes, de los sectores público, oficial, semioficial, en todos sus órdenes, y en el sector privado, así como las que paga el Instituto Colombiano de los Seguros Sociales a excepción de las pensiones por incapacidad permanente parcial, se reajustarán de oficio, cada año, en la siguiente forma:

Cuando se eleve el salario mínimo mensual legal más alto, se procederá como sigue: con una suma fija igual a la mitad de la diferencia entre el antiguo y el nuevo salario mínimo mensual legal más alto, más una suma equivalente a la mitad del porcentaje que represente el incremento entre el antiguo y el nuevo salario mínimo mensual legal más alto, esto último aplicado a la correspondiente pensión”.

¹ “Por la cual se dictan normas sobre materia pensional de los sectores público, oficial, semioficial y privado y se dictan otras disposiciones”.

Posteriormente, los parámetros para la actualización del valor de las pensiones fueron modificados por el artículo 1 de la Ley 71 de 1988, por cuyo ministerio:

“ARTICULO 1o. Las pensiones a que se refiere el artículo 1o. de la Ley 4a. de 1976, las de incapacidad permanente parcial y las compartidas, serán reajustadas de oficio cada vez y con el mismo porcentaje en que sea incrementado por el Gobierno el salario mínimo legal mensual.

PARAGRAFO. Este reajuste tendrá vigencia simultánea a la que se fija para el salario mínimo” /Destaca la Sala/.

En análogos términos, el Decreto 1160 de 1989 reiteró el mandato de reajuste pensional tomando como parámetro el incremento del salario mínimo decretado por el Gobierno Nacional:

“Reajuste pensional. Las pensiones de jubilación, invalidez, vejez, incapacidad permanente parcial, compartidas y de sobrevivientes, de los sectores público, privado y del Instituto de Seguros Sociales, se reajustarán de oficio y en forma simultánea con el salario mínimo legal, en el mismo porcentaje en que éste sea incrementado por el Gobierno Nacional”.

Con la promulgación de la Ley 100 de 1993, se introdujo un cambio en el parámetro de aumento periódico de la mesadas pensionales, dependiendo del valor de la misma, pues una es la regla aplicable cuando la pensión es equivalente al valor del salario mínimo mensual legal vigente, y otra cuando es superior a dicho guarismo. Al respecto, el artículo 14 de dicho esquema disposicional prevé:

“ARTÍCULO 14. REAJUSTE DE PENSIONES. Con el objeto de que las pensiones de vejez o de jubilación, de invalidez y de sustitución o sobreviviente, en cualquiera de los dos regímenes del sistema general de pensiones, mantengan su poder adquisitivo constante, se reajustarán anualmente de oficio, el primero de enero de cada año, según la variación porcentual del Índice de Precios al

Consumidor, certificado por el DANE para el año inmediatamente anterior. No obstante, las pensiones cuyo monto mensual sea igual al salario mínimo legal mensual vigente, serán reajustadas de oficio cada vez y con el mismo porcentaje en que se incremente dicho salario por el Gobierno.” /Resaltado del Tribunal/.

La norma en mención fue objeto de estudio de constitucionalidad, cuyo resultado fue la exequibilidad, declarada mediante la Sentencia C-387 de 1994², de la cual la Sala destaca en lo pertinente, lo siguiente:

“Para la Corte es evidente que ese tratamiento distinto ante situaciones iguales, a la luz de los cánones constitucionales, tiene una justificación clara y razonable, cual es la de dar especial protección a aquellos pensionados que por devengar una pensión mínima se encuentran, por razones económicas, en situación de debilidad manifiesta frente a los demás. En consecuencia, ha decidido el legislador que el valor de la pensión para esas personas se reajuste en un porcentaje igual al del salario mínimo legal mensual, con el fin de que dicho ingreso conserve su poder adquisitivo y así pueda el beneficiario satisfacer sus necesidades básicas y llevar una vida digna.

(...) Así las cosas, no le asiste razón al demandante, pues no es posible afirmar con certeza cuál de los dos sistemas podría resultar más benéfico para el pensionado, ya que ello dependerá del comportamiento que presente cada uno de esos factores a través del tiempo, de manera que habrá ocasiones en que el índice de precios al consumidor sea superior al porcentaje en que se incremente el salario mínimo, y en otras, éste

² MP. Dr. Carlos Gaviria Díaz.

sea inferior a aquél, o pueden existir casos en que los dos sean iguales.

De otra parte, estima la Corte pertinente agregar que la Constitución al consagrar el derecho al reajuste periódico de las pensiones (art. 53 inc. 2o.), no señala la proporción en que éstas deben incrementarse, como tampoco la oportunidad o frecuencia en que debe llevarse a cabo, quedando en manos del legislador la regulación de estos aspectos, como en efecto lo hace la norma parcialmente impugnada” /Destacado del Tribunal/.

Por su parte, el H. Consejo de Estado³ se pronunció sobre la vigencia del artículo 1 de la Ley 71 de 1988 y el alcance de la fórmula del incremento pensional consagrado en la Ley 100 de 1993:

“Ahora bien, en criterio de la parte demandante, la mesada de quienes se pensionaron con anterioridad al 1.º de abril de 1994 debe incrementarse en la forma prevista por la Ley 71 del 19 de diciembre de 1988, esto es, en el mismo porcentaje en que se ajustaba el salario mínimo, afirmación frente a la cual debe indicarse que el hecho de que el porcentaje en el cual se reajusta la pensión no sea un derecho adquirido, implica que el sistema definido por la Ley 100 de 1993 podía regular válidamente la proporción del aumento de la prestación, derogando el enunciado normativo que venía rigiendo hasta ese momento, tal y como lo admitió la Corte Constitucional en la sentencia C-110 de 1996, al señalar:

³ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección A, M.P. William Hernández Gómez, 17 de agosto de dos mil diecisiete (2017) Rad. 11001-03-24-000-2010-00007-00(3294-14).

« (...) A partir del 1.º de enero de 1989 y hasta la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, todas las pensiones que fueron reconocidas en el país, tanto en el sector público como en el privado, se reajustaron anualmente conforme a la formula (sic) prevista en la Ley 71 de 1988, esto es, en el mismo porcentaje en que se incrementó por el Gobierno el salario mínimo legal mensual. Con la expedición de la Ley 100 de 1993 y su entrada en vigencia, las pensiones reconocidas antes y después de dicha ley, se vienen reajustando en la forma prevista por su artículo 14 y teniendo en cuenta lo dispuesto en los artículos 142 y 143 ibídem, lo que significa que el referido reajuste se produce anualmente según la variación porcentual del Índice de Precios al Consumidor, certificado por el DANE para el año inmediatamente anterior, más la mesada adicional y el reajuste equivalente a la elevación en la cotización para salud, a favor de los pensionados con anterioridad al 1º de enero de 1994 (...)

Conclusión: Conforme a las consideraciones expuestas, el porcentaje de reajuste de la mesada pensional no es un derecho adquirido, por lo tanto la jurisprudencia de la Corte Constitucional ha considerado que el legislador está habilitado para modificar las normas que consagran la proporción en que se realizarán los aumentos de las mesadas pensionales”.

De acuerdo con lo anterior, el reajuste previsto por el artículo 14 de la Ley 100 de 1993 sí es aplicable a quienes les fue reconocida la pensión antes del 1.º de abril de 1994 y no el definido por la Ley 71 del 19 de diciembre de 1988, toda vez que esta última quedó derogada por aquella” /Subrayas fuera del texto/.

Por otra parte, uno de los argumentos en los que insiste la parte actora en su recurso de apelación se entrelaza con el principio de favorabilidad en materia pensional, que a su juicio, legitima la aplicación del incremento pensional con el aumento del salario mínimo legal mensual vigente, previsto en la Ley 71 de 1988. En punto a este raciocinio, la Corte Constitucional se pronunció en la Sentencia C-425 de 2017⁴ esbozando:

“ (...) Lo anterior, hasta el punto de que en su demanda no sólo solicita declarar inexecutable el apartado demandado, según el cual las pensiones “se reajustarán anualmente de oficio, el primero de enero de cada año, según la variación porcentual del Índice de Precios al Consumidor, certificado por el DANE para el año inmediatamente anterior”, sino que incluso le pide a la Corte señalar que lo más favorable para el pensionado es “la medición del poder adquisitivo constante de las pensiones por el método de medición de la equivalencia de las pensiones en relación con el Salario Mínimo Legal Vigente”[85], como si este fuese expresamente el mandato constitucional

(...) Por lo tanto, se concluye que además de que la propia Constitución faculta al legislador a decidir, con autonomía política, de qué manera reajustar periódicamente el valor de las pensiones, de tal forma que no hay lugar aquí para la aplicación del principio de favorabilidad en materia laboral del que trata el artículo 53 superior, en todo caso los índices o referencias de actualización a los que acudió el legislador para actualizar las pensiones de forma diferenciada según su valor (IPC y SMLMV) tienen un origen, una explicación y unos propósitos diferentes, al mismo tiempo que se relacionan entre ellos de una forma particular.. (...)”

⁴ M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez.

Al mismo tiempo que, se reitera, el constituyente impuso al legislador el deber general de actualizar el monto de las pensiones para que fuesen consistentes con el fenómeno de la pérdida del poder adquisitivo de la moneda, pero no impuso un modelo específico de actualización, motivo por el cual el Congreso cuenta con un amplio margen de configuración para fijar las fórmulas específicas a través de las cuales se materializa este deber genérico, sin que se encuentre obligado a acoger un esquema económico que, a juicio del accionante, resulte más favorable a los intereses de los pensionados entre todos los posibles” /Resaltados del Tribunal/.

Finalmente, es claro que los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio (FNPSM) se hallan excluidos del régimen pensional general previsto en la Ley 100 de 1993 en virtud del expreso mandato del artículo 279 de esa norma⁵, no obstante, este mandato legal debe leerse en armonía con el canon 1 párrafo 4 de la Ley 238 de 2005, que reza:

“ARTÍCULO 1o. Adiciónese al artículo 279 de la Ley 100 de 1993, con el siguiente párrafo: (...)”

“Parágrafo 4. Las excepciones consagradas en el presente artículo no implican negación de los beneficios y derechos determinados en los artículos 14 y 142 de esta ley para los pensionados de los sectores aquí contemplados”. /Resaltado de la Sala/

⁵ “(...) Así mismo, se exceptúa a los afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, creado por la Ley 91 de 1989, cuyas prestaciones a cargo serán compatibles con pensiones o cualquier clase de remuneración. Este Fondo será responsable de la expedición y pago de bonos pensionales en favor de educadores que se retiren del servicio, de conformidad con la reglamentación que para el efecto se expida. (...)” /Subrayado de la Sala/.

Recogiendo los elementos presentes en el marco normativo y jurisprudencial reproducido en las líneas que anteceden, los cuestionamientos vertidos por la parte demandante contra el fallo de primer grado, y con ellas las súplicas de la demanda, no encuentran eco de prosperidad, por diversas razones.

De un lado, la jurisprudencia constitucional justifica el establecimiento de un marco diferencial de protección a las personas que devengan pensiones cuyo valor es equivalente a un (1) salario mínimo mensual, respecto a aquellos pensionados que devengan una mesada superior, como medida positiva encaminada a lograr el mandato de igualdad real y efectiva (art. 13 C.P.). En todo caso, la Corte deja en claro que el salario mínimo y el I.P.C. responden a factores y realidades diferentes, no siempre predecibles, por lo que no puede realizarse un juicio de comparación puro y simple entre ambos.

Adicional a ello, es de suma importancia resaltar que el canon 53 de la Carta, al paso que consagra el mandato de incremento periódico de las pensiones de tal forma que mantengan su poder adquisitivo, no sujeta este postulado a un método específico, dejando en manos del legislador la materialización de este cometido, lo cual precisamente ocurre con el artículo 14 de la Ley 100/93, expedido en uso de la libertad de configuración que sobre el particular le asiste al Congreso de la República.

Justamente, al referirse a dicho texto legal, tanto la Corte Constitucional como el supremo órgano de lo contencioso administrativo son contestes en aludir que el artículo 1 de la Ley 71 de 1988 ha de entenderse derogado por el canon 14 de la Ley 100/93, incluso, respecto a quienes obtuvieron su derecho pensional con anterioridad a aquella disposición, todo ello bajo el entendido de que el porcentaje de incremento o reajuste pensional anual no constituye un derecho adquirido.

Bajo esta óptica, ha de concluirse que si bien los docentes vinculados antes de la vigencia de la Ley 812 de 2003 cuentan con un régimen pensional especial y diferente al general consagrado en la Ley 100 de 1993, de ello no se sigue que al amparo de este régimen puedan acudir a la Ley 71/88 para

obtener un incremento pensional anual diferente al vigente, pues este aspecto no integra el régimen pensional propiamente dicho.

Ante este panorama, tampoco resulta de recibo el argumento relacionado con el principio de favorabilidad, pues existe una disposición expresa sobre la forma en la que proceden los aumentos pensionales, y la existencia de aumentos pensionales con base en el salario mínimo únicamente se justifica en el caso de las pensiones cuyo monto equivale a este salario.

CASO CONCRETO

En virtud de lo expuesto y abordados los pormenores del caso, resulta evidente que la pensión reconocida por el FNPSM a favor del señor CARLOS ARTURON OSORIO MURILLO supera con creces el valor del salario mínimo legal mensual vigente (la mesada pensional reconocida equivale a \$ 2'093.968 para 2012) (PDF N° 1, págs. 44-45), por lo que la entidad demandada, al negar el incremento pretendido al tenor del artículo 1 de la Ley 71 de 1988 se ajustó plenamente al ordenamiento jurídico, lo que derivaba en una decisión negativa frente a las pretensiones de la demanda, como en efecto ocurrió.

(II) DESCUENTOS CON DESTINO AL SISTEMA DE SALUD

El principio de solidaridad constituye uno de los pilares del Sistema General de Seguridad Social tanto en salud como en pensiones, y de él se derivan algunas obligaciones de los afiliados, como lo es contribuir a su financiación a través de aportes (art. 48 C.P.). En el mismo sentido se encuentra concebido el servicio de salud en el canon 49 constitucional, soportado en la solidaridad como elemento medular de su prestación.

En relación con los pensionados, la Ley 100 de 1993 los cataloga como afiliados con capacidad de pago, por lo que se encuentran en el régimen contributivo del sistema de salud (art. 175, lit. A, num. 1), incluso, el canon 143 de ese esquema disposicional establece que quienes hayan obtenido el reconocimiento pensional antes de la entrada en vigencia de la norma,

tendrían derecho al reajuste mensual según la tasa de cotización en salud, además, instituye que la obligación de cotizar en salud se halla en cabeza de los pensionados en su totalidad.

Al pronunciarse sobre la obligación de los pensionados de cotizar con destino al sistema de salud, la H. Corte Constitucional⁶ expresó:

“(...) Entonces, incluso los regímenes de excepción tienen el deber de cotizar al Sistema General de Seguridad Social, para la prestación de los servicios médico asistenciales, situación que no varió con la expedición de la Ley 100 de 1993. Esto encuentra respaldo en el principio de solidaridad que caracteriza este sistema. Así en las sentencia C-1000 de 2007, la Corte reiteró la posición de la obligación de cotizar al Sistema, señalada en la C-548 de 1998 y sobre los aportes que deben efectuar los pensionados señaló:

“(...) frente al deber que tienen los pensionados de cotizar en materia de salud, la Corte ha estimado que (i) es un desarrollo natural de los preceptos constitucionales que la ley ordene brindar asistencia médica a los pensionados y que prevea que éstos paguen una cotización para tal efecto, ya que la seguridad social no es gratuita sino que se financia, en parte, con los mismos aportes de los beneficiarios, de conformidad con los principios de eficiencia, solidaridad y universalidad; y (ii) no viola la constitución que el legislador establezca que los pensionados deben cotizar en materia de salud.”

En conclusión todo pensionado debe contribuir a la sostenibilidad y eficiencia del sistema General de Salud, no sólo para recibir los distintos beneficios, sino para financiar el sistema en su conjunto, colaborando con sus aportes a la prestación de la asistencia médica de todas las personas que pertenecen al régimen subsidiado, en desarrollo del principio de

⁶ Sentencia T-835 de 2014.

solidaridad consagrado en la Constitución. (...) /Resalta el Tribunal/”.

En cuanto al monto sobre el cual se deben realizar los aportes en salud, las normas anteriores a la Ley 100 de 1993 contenían porcentajes que regularmente equivalían al 5%, como ocurría en el caso de la Ley 4ª de 1966 para el caso de los pensionados de la extinta CAJA NACIONAL DE PREVISIÓN SOCIAL - CAJANAL. En el mismo sentido, el Decreto 3135 de 1968 dispuso:

"A los pensionados por invalidez, jubilación y retiro por vejez se les prestará por la entidad que les pague la pensión, asistencia médica, farmacéutica, quirúrgica y hospitalaria. Para este efecto el pensionado cotizará mensualmente un cinco por ciento (5%) de su pensión".

En el caso de los educadores, la Ley 91 de 1989, creó el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, que tiene como uno de sus objetivos garantizar la prestación de los servicios médico-asistenciales de los profesores, y en el artículo 8 de la citada ley se establece que esta cuenta se haya constituida, entre otros, por *‘El 5% de cada mesada pensional que pague el Fondo incluidas las mesadas adicionales, como aporte de los pensionados’*.

Sin embargo, el porcentaje fue modificado con posterioridad con la expedición de la Ley 812 de 2003, que introdujo modificaciones sustanciales al régimen pensional docente. En el artículo 81 esta norma prescribe:

“ARTÍCULO 81. RÉGIMEN PRESTACIONAL DE LOS DOCENTES OFICIALES. El régimen prestacional de los docentes nacionales, nacionalizados y territoriales, que se encuentren vinculados al servicio público educativo oficial, es el establecido para el Magisterio en las disposiciones vigentes con anterioridad a la entrada en vigencia de la presente ley.

Los docentes que se vinculen a partir de la entrada en vigencia de la presente ley, serán afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y tendrán los derechos pensionales del régimen pensional de prima

media establecido en las Leyes 100 de 1993 y 797 de 2003, con los requisitos previstos en él, con excepción de la edad de pensión de vejez que será de 57 años para hombres y mujeres.

Los servicios de salud para los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, serán prestados de conformidad con la Ley 91 de 1989, las prestaciones correspondientes a riesgos profesionales serán las que hoy tiene establecido el Fondo para tales efectos.

El valor total de la tasa de cotización por los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio corresponderá a la suma de aportes que para salud y pensiones establezcan las Leyes 100 de 1993 y 797 de 2003, manteniendo la misma distribución que exista para empleadores y trabajadores. La distribución del monto de estos recursos la hará el Consejo Directivo del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, en lo correspondiente a las cuentas de salud y pensiones” /Subraya el Tribunal/.

En atención a la remisión normativa de que trata el canon citado, la Ley 100 de 1993 consagra el monto de las cotizaciones con destino al sistema de salud a cargo de los afiliados en el artículo 204, por cuyo ministerio:

“(…) La cotización obligatoria que se aplica a los afiliados al sistema general de seguridad social en salud según las normas del presente régimen, será máximo del 12% del salario base de cotización, el cual no podrá ser inferior al salario mínimo. Dos terceras partes de la cotización estarán a cargo del empleador y una tercera parte a cargo del trabajador. Un punto de la cotización será trasladado al fondo de solidaridad y garantía para contribuir a la financiación de los beneficiarios del régimen subsidiado” /Resalta la Sala/.

Debe anotarse que esta preceptiva fue objeto de dos (2) modificaciones relacionadas con el valor o monto de las cotizaciones al sistema de salud, de la siguiente manera:

(i) Mediante la Ley 1122 de 2007, artículo 10, la cotización al régimen contributivo en salud a partir del 1º de enero de 2007 pasó a ser *‘del 12,5% del ingreso o salario base de cotización, el cual no podrá ser inferior al salario mínimo. La cotización a cargo del empleador será del 8.5% y a cargo del empleado del 4%. Uno punto cinco (1,5) de la cotización serán trasladados a la subcuenta de Solidaridad del Fosyga para contribuir a la financiación de los beneficiarios del régimen subsidiado’.*

(ii) Luego, la Ley 1250 de 2008 adicionó el canon 204 de la Ley 100/93 al prescribir que *‘La cotización mensual al régimen contributivo de salud de los pensionados será del 12% del ingreso de la respectiva mesada pensional’.*

De igual manera, el deber de cotizar al sistema de salud en cabeza de los pensionados del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio (FNPSM), así como el monto de los aportes, fue objeto de pronunciamiento por el H. Consejo de Estado⁷, que en reciente oportunidad puntualizó lo siguiente:

“Del análisis de la normatividad referida [artículos 2 de la Ley 4 de 1966 y 8.5 de la Ley 91 de 1989 que tratan del descuento del 5% para el Fondo incluidas las mesadas adicionales], se evidencia que el legislador, sentó para todos los afiliados a la Caja Nacional forzosos y voluntarios e incluidos los pensionados la obligación de cotizar para salud, deber que también opera para los afiliados al Fondo de Prestaciones Sociales. Actualmente, con el sistema de seguridad social integral previsto en la Ley 100 de 1993, del cual hace parte el subsistema de seguridad social en salud,

⁷ Consejo de Estado- Sala de lo Contencioso Administrativo- Sección Segunda -Subsección B- Consejero ponente: César Palomino Cortés-, diez (10) de mayo de dos mil dieciocho (2018) - Radicación número: 68001-23-31-000-2010-00624-01(0340-14)

una de las obligaciones de los afiliados es justamente efectuar las cotizaciones. (Artículo 161 Ley 100 de 1993). Lo propio hizo el artículo 8º de la Ley 91 de 1989, respecto del personal afiliado al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, que incluye también a los pensionados. (Pensión ordinaria) (...)

6.2. Afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio

Ley 91 de 1989 artículo 8-5	5%
Ley 812 de 2003, 8, artículo 81	El valor total de la tasa de cotización por los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio corresponderá a la suma de aportes que para salud y pensiones establezcan las Leyes 100 de 1993 y 797 de 2003, manteniendo la misma distribución que exista para empleadores y trabajadores. La distribución del monto de estos recursos la hará el Consejo Directivo del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, en lo correspondiente a las cuentas de salud y pensiones.

Así las cosas, la cotización para salud del sistema general de los docentes afiliados al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, es el mismo porcentaje del régimen general (...)”
/Subrayado del Tribunal/.

A voces de las normas parcialmente reproducidas, el ordenamiento constitucional atribuye a los afiliados al Sistema General de Seguridad Social

⁸ Corte Constitucional. Sentencia C-529 de 23 de junio de 2010

- *entre ellos los pensionados*- el deber de materializar el principio de solidaridad a través de los aportes o cotizaciones destinados a generar su viabilidad financiera. Así mismo, aun cuando la Ley 91 de 1989 originalmente previó un porcentaje del 5% como monto de la cotización, este asciende en la actualidad al 12%, en virtud de la modificación introducida por la Ley 812 de 2003, que remite a los mandatos de orden pensional general.

Finalmente, en lo que atañe a los descuentos sobre mesadas adicionales, estos se hallan previstos en la Ley 91/89, según la cual el FNPSM se halla constituido, entre otros recursos, por *‘El 5% de cada mesada pensional que pague el Fondo incluidas las mesadas adicionales, como aporte de los pensionados’*, disposición que goza de plena vigencia en la medida que no ha sido objeto de derogatoria, bien sea tácita o expresa.

En este sentido, aun cuando la Ley 100 de 1993 no contempla la realización de descuentos sobre las mesadas adicionales, la Ley 91 de 1989 *-régimen especial para los docentes afiliados al FNPSM-* sí contiene dicha obligación, por lo que la extensión del régimen de cotizaciones de la Ley 100/93 a los profesores ha de entenderse exclusivamente ceñida al aumento del monto de la cotización (del 5% al 12%), y no conlleva la derogatoria del canon 8 de la Ley 91/89, en cuanto prescribe que tales mesadas serán objeto de aportes con destino al sistema de salud.

Finalmente, el Tribunal trae a colación los planteamientos esbozados por el H. Consejo de Estado⁹ al abordar las pretensiones de devolución de aportes realizados sobre las mesadas adicionales de un pensionado afiliado al FNPSM:

“(…) A partir de lo anterior, esta Sala advierte, en síntesis, que el tribunal, señaló que aunque la Ley 812 de 2003 gobierna el monto de las cotizaciones a salud de los pensionados afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, es necesario remitirse a la Ley 91 de 1989, en lo que toca con la

⁹ Sentencia de 14 de septiembre de 2017.

posibilidad de efectuar dichos descuentos sobre las mesadas adicionales.

En ese sentido, consideró viable el descuento por salud sobre la mesada catorce percibida por la accionante, por cuanto, aunque las Leyes 42 de 1982 y 43 de 1984, prohibían descuento alguno sobre las mesadas adicionales, en su criterio, estas normas fueron derogadas tácitamente por la Ley 91 de 1989, por haber sido expedida de forma posterior, la cual, contempló dichos descuentos sobre las mesadas adicionales, inclusive.

En esta perspectiva, advierte la Sala que el análisis normativo efectuado por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca es razonable, toda vez que se sustentó en la vigencia de las normas relevantes al asunto puesto en consideración, por lo que no es posible colegir que la providencia judicial cuestionada constituya un error sustantivo.” /Subraya el Tribunal/.

Por modo, aun cuando los descuentos sobre las mesadas adicionales no se encuentren previstos de manera explícita en la Ley 812 de 2003, la Sala es del criterio que dicha obligación no ha cesado, pues en atención al principio de solidaridad que informa todo el Sistema de Seguridad Social, los descuentos por este concepto se avienen al ordenamiento jurídico.

En conclusión, el acto demandado se ajusta a la legalidad en tanto dispone realizar los descuentos previstos expresamente en la Ley 91 de 1989 sobre las mesadas adicionales de los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, obligación que les asiste a los educadores por disposición de la norma en mención, y que no ha de entenderse suprimida, cesada o derogada por el hecho de que la Ley 812 de 2003 no haya reproducido de manera expresa dicho contenido.

Por ende, se confirmará la sentencia de primer grado.

COSTAS.

Se condenará en costas a la apelante, en virtud del supuesto previsto en el numeral 3 del artículo 365 del Código General del Proceso.

Como agencias en derecho en esta instancia se fija la suma de 1 s.m.m.l.v, en virtud de lo dispuesto en el Acuerdo PSAA16-10554 de 5 de agosto de 2016, artículo 5°.

Por lo discurrido, el **Tribunal Administrativo de Caldas, SALA 4ª DE DECISIÓN ORAL**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

FALLA

CONFÍRMASE la sentencia emanada del Juzgado 8° Administrativo de Manizales, con la cual negó las pretensiones formuladas por el señor **CARLOS ARTURO OSORIO MURILLO** dentro del contencioso de **NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO** promovido contra la **NACIÓN-MINISTERIO DE EDUCACIÓN-FNPSM** y el **DEPARTAMENTO DE CALDAS**.

COSTAS en esta instancia a cargo de la parte demandante y a favor de la entidad demandada. Como agencias en derecho en esta instancia se fija la suma de 1 s.m.m.l.v, en virtud de lo dispuesto en el Acuerdo PSAA16-10554 de 5 de agosto de 2016, artículo 5°.

RECONÓCESE personería a la abogada **ESPERANZA JULIETH VARGAS GARCÍA** (C.C. N° 1'022.376.765 y T.P.267.625) como apoderada sustituta de la parte demandada, en los términos del poder que obra en el PDF N° 17.

Ejecutoriada esta providencia, **DEVUÉLVASE** el expediente al Juzgado de origen, previas las anotaciones del caso en el Programa Justicia Siglo XXI.

NOTIFÍQUESE conforme lo dispone el artículo 203 del C/CA.

Providencia discutida y aprobada en Sala de Decisión celebrada en la fecha,
según consta en Acta N° 041 de 2021.

NOTIFÍQUESE



AUGUSTO MORALES VALENCIA
Magistrado



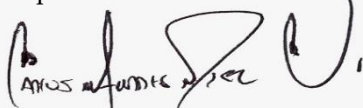
AUGUSTO RAMÓN CHÁVEZ MARÍN
Magistrado



PUBLIO MARTÍN ANDRÉS PATIÑO MEJÍA
Magistrado

CONSTANCIA SECRETARIAL: A Despacho del señor Magistrado el presente medio de control informándole que ingresó por reparto el presente proceso; está pendiente de resolver sobre la admisión del recurso de apelación interpuesto contra la sentencia de primera instancia.

Septiembre 17 de 2021



CARLOS ANDRÉS DIEZ VARGAS

Secretario

Auto de Sustanciación:	163-2021
Asunto:	Segunda instancia
Naturaleza:	Nulidad y Restablecimiento del Derecho.
Radicación:	17-001-33-33-002-2018-00575-02
Demandante:	Alba Yaneth González Calle
Demandado:	Nación – Ministerio de Educación - FNPSM

REPÚBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS

Manizales, veinte (20) de septiembre de dos mil veintiuno (2021).

El Juzgado Segundo Administrativo del Circuito de Manizales, profirió sentencia en providencia del 29 de julio de 2019.

La anterior providencia fue notificada a las partes en estrados.

La parte **DEMANDANTE** presentó recurso de apelación el 13 de agosto de 2019, en consecuencia, por reunir los requisitos legales y de conformidad con lo establecido en el numeral 3 del artículo 247 del CPACA (modificado por el art. 67 de la Ley 2080 de 2021), se admite el recurso de apelación.

Notifíquese personalmente al señor Agente del Ministerio Público y por estado a las partes.

Notifíquese y Cúmplase



DOHOR EDWIN VARÓN VIVAS

Magistrado

17-001-33-33-006-2018-00632-02

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO

DE CALDAS

SALA 4ª DE DECISIÓN ORAL

Magistrado Ponente: AUGUSTO MORALES VALENCIA

Manizales, diecisiete (17) de SEPTIEMBRE de dos mil veintiuno (2021)

S. 091

La Sala 4ª de Decisión Oral del Tribunal Administrativo de Caldas, conformada por los Magistrados AUGUSTO MORALES VALENCIA, quien la preside, AUGUSTO RAMÓN CHÁVEZ MARÍN y PUBLIO MARTÍN ANDRÉS PATIÑO MEJÍA, procede a dictar sentencia de segundo grado por vía del recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia emanada del Juzgado 6º Administrativo de Manizales, con la cual negó las pretensiones formuladas por la señora **NOHEMY CARDONA DE VANEGAS** dentro del contencioso de **NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO** promovido contra la **NACIÓN-MINISTERIO DE EDUCACIÓN-FNPSM** y el **DEPARTAMENTO DE CALDAS**.

ANTECEDENTES

PRETENSIONES DE LA PARTE ACTORA.

I) Se declare la nulidad de la Resolución N° 8678-6 de 9 de noviembre de 2017.

II) Se declare que la parte actora pertenece al régimen exceptuado previsto en el artículo 279 de la Ley 100 de 1993, que su situación se halla cobijada por el régimen especial previsto para los docentes vinculados antes del 27 de junio de 2003, y por ende, que su pensión de jubilación debe ser reajustada anualmente con base en lo previsto en las Leyes 91 de 1989 y 71 de 1988.

III) Se condene a la parte accionada a aplicar el porcentaje previsto en el artículo 8 ordinal 5° de la Ley 91 de 1989 para los descuentos en salud, equivalente al 5%, cesando los actuales aportes del 12%.

IV) Se disponga el reajuste pensional de manera retroactiva, aplicando lo previsto en el artículo 1 de la Ley 71 de 1988, esto es, con base en el incremento anual del salario mínimo y no el IPC.

V) Se reintegren las sumas que han sido descontadas de su mesada pensional, superiores al 5% de las mesadas de julio y diciembre.

VI) Se paguen a la parte demandante las diferencias resultantes entre la mesada pensional reajustada y la que actualmente recibe.

VII) Se indexen las sumas reconocidas, y se condene en costas y agencias en derecho a la demandada.

A título de pretensión subsidiaria, impetra que de llegar a considerarse por el Tribunal que su régimen pensional es el consagrado en las Leyes 100 de 1993 y 797 de 2003, se ordene reintegrar a favor de la parte accionante lo descontado equivalente al 12% de las mesadas de junio y diciembre, se ordene cesar dichos aportes y se condene en costas a la accionada.

CAUSA PETENDI.

En síntesis, expresa lo siguiente:

➤ Se vinculó a la docencia oficial con anterioridad al 27 de junio de 2003, y al cumplir los requisitos de ley le fue reconocida pensión de jubilación, de la cual le han venido descontando el 12% de cada mesada pensional, incluidas las adicionales de junio y diciembre, con destino al sistema de salud.

➤ Pese a que en el acto de reconocimiento se dijo que el reajuste anual pensional se daría en virtud de lo dispuesto en el artículo 1 de la Ley 71 de 1988, dichos incrementos se han hecho conforme lo dispone el mandato 14 de la Ley 100 de 1993.

- Desde la promulgación de la Ley 100 de 1993, los incrementos anuales de las pensiones ordenados en el artículo 53 de la Carta Política vienen dándose con la aplicación del Índice de Precios al Consumidor (IPC), según lo consagrado en el canon 14 de dicho dispositivo legal.
- Presentó solicitud ante la entidad demandada con el fin de que su pensión fuera incrementada conforme lo dispone el artículo 1 de la Ley 71 de 1988, igualmente que el descuento con destino al sistema de salud se ajustara al 5% de cada mesada, peticiones negadas a través del acto demandado.

NORMAS VIOLADAS Y CONCEPTO DE LA VIOLACIÓN.

Se invocaron: Constitución Política, arts. 1, 2, 4, 6, 13, 25, 29, 48, 53, 90, 121, 125 y 209 Ley 33 de 1985; Ley 91/89, art. 15, numeral 2 literal A; Ley 115 de 1994, art. 115; Ley 71/88, art. 1; Ley 238/95; Ley 100/93, art. 279; Ley 238 de 1995, art. 1; Ley 700 de 2011, art. 4; Ley 797 de 2003, art. 9; Ley 812 de 2003, art. 81; Ley 1151 de 2007, art. 160; Acto Legislativo 01 de 2005; Ley 1437 de 2011, art. 147.

Como juicio de la infracción, argumenta que con la decisión asumida por la demandada se atenta contra su derecho a mantener el poder adquisitivo de la mesada pensional, en la medida que las Leyes 71/88 y 238/95 disponen el ajuste periódico de las pensiones tomando como base el incremento que el gobierno nacional fije para el salario mínimo legal.

Añade que la llamada por pasiva viene ajustando las pensiones atendiendo lo dispuesto en el artículo 14 de la Ley 100 de 1993, es decir, el IPC; no obstante, los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio están excluidos del régimen pensional general en virtud del canon 279 de la misma norma, lo que incide en que desde el año 1996, se estén dando incrementos inferiores al aumento del salario mínimo mensual legal vigente.

Respecto a los aportes en salud y el monto que ha de ser descontado, acota que el FNPSM toma como excusa el artículo 81 de la Ley 812 de 2003 para

incrementar el porcentaje de cotización al sistema, sin atender las precisiones que deben hacerse dependiendo de la vinculación al servicio docente. Agrega que con la aplicación de manera indistinta de normas generales y especiales, se ha creado un tercer régimen no previsto por el legislador, en contravía del postulado 53 Superior.

CONTESTACIÓN AL LIBELO DEMANDADOR.

La **NACIÓN - MINISTERIO DE EDUCACIÓN - FNPSM**, se pronunció de manera oportuna, oponiéndose a las pretensiones del libelo demandador y proponiendo las excepciones denominadas ‘INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN’, en tanto los descuentos para el sistema de salud como los reajustes pensionales se han efectuado con base en las normas legales aplicables; ‘COBRO DE LO NO DEBIDO’, ya que los descuentos con destino al sistema de salud responden a los principios de sostenibilidad y universalidad; y ‘SOSTENIBILIDAD FINANCIERA’, con base en lo dispuesto en el Acto Legislativo N° 3 de 2011 (PDF N° 14).

A su turno, el **DEPARTAMENTO DE CALDAS** (PDF N° 17) formuló como excepciones las de ‘FALTA DE LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA POR PASIVA’, fundamentada en que no le asiste competencia para el reconocimiento y pago de las prestaciones docentes, las cuales están en cabeza del FNPSM; ‘INAPLICABILIDAD DE LAS NORMAS QUE REGULAN LOS DESCUENTOS EN SALUD RÉGIMEN DOCENTE E INEXISTENCIA DEL DERECHO RECLAMADO’, teniendo en cuenta que las normas que gobiernan la pensión de la parte actora legitiman la forma de descontar los aportes con destino al sistema de salud; ‘BUENA FE’ atendiendo a que su actuación se ha ceñido a los postulados legales; y ‘PRESCRIPCIÓN’, con base en los Decretos 3135 de 1968 y 1838 de 1969.

LA SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

La Jueza 6ª Administrativa de Manizales dictó sentencia negando las pretensiones de la parte actora en los términos que pasan a compendiarse.

En primer término, declaró probada la excepción de falta de legitimación en la causa por pasiva del DEPARTAMENTO DE CALDAS, para lo cual indicó que con base en los profusos pronunciamientos de esta jurisdicción, el reconocimiento de las prestaciones sociales de los docentes está a cargo de la NACIÓN-MINISTERIO DE EDUCACIÓN-FNPSM.

En cuanto al fondo del asunto, determinó que la remisión que hace el régimen docente a la ley 100 de 1993 se concreta en la tasa de cotización al sistema de salud, incluyendo los descuentos sobre las mesadas adicionales de junio y diciembre. En cuanto al incremento de la mesada pensional, expuso que la Ley 100/93 consagra que este debe darse con base en el I.P.C, y derogó las disposiciones contrarias a sus mandatos, como lo es en este caso el artículo 1 de la Ley 71 de 1988.

EL RECURSO DE SEGUNDO GRADO.

Mediante memorial que constituye el PDF N°31, la parte demandante impugnó la sentencia de primera instancia, centrando su desacuerdo con la decisión en los puntos que a continuación se relacionan.

Expresa que la sentencia de primer grado desconoce la supremacía constitucional y la prevalencia de las normas especiales sobre las generales, en la medida que el artículo 1 de la Ley 71 de 1988, aún vigente para un grupo de docentes, circunscribe el aumento del valor de las pensiones al incremento del salario mínimo mensual legal vigente. En este sentido, desestima el argumento según el cual ese artículo haya sido sustituido por el canon 14 de la Ley 100 de 1993, pues a los docentes vinculados antes de la Ley 812 de 2003 como es su caso, han de aplicarse las normas anteriores a su vigencia.

Plantea que con la promulgación de la Ley 238 de 1995, el legislador pretendió que los pensionados mantuvieran el poder adquisitivo de estas prestaciones, pudiendo optar por el régimen general o el especial según les resulte más favorable, es decir, se aplica el artículo 14 de la Ley 100 de 1993 siempre y cuando redunde en beneficio del pensionado, en todo caso, indica

que los docentes ya contaban con una norma que les garantizaba mantener el poder adquisitivo de la mesada, como lo es la Ley 71/88.

Reitera que con base en la Ley 812 de 2003 y el Acto Legislativo N° 01 de 2005, el régimen pensional de los docentes vinculados antes de promulgada esa norma está conformado por la Ley 91 de 1989 y las normas que la complementen, como la citada Ley 71/88, por lo que solo a los docentes vinculados luego de proferida la Ley 812/03 resulta viable aplicarles el ajuste del IPC previsto en el artículo 14 de la Ley 100 de 1993. De la misma manera, cuestiona que no se haya empleado el principio de favorabilidad, pues a su juicio, es claro que existen dos regímenes pensionales, uno general y aquel que cobija a los docentes.

En cuanto a los descuentos en salud sobre las mesadas pensionales, acota que estos deben ser del 5% y no del 12%, atendiendo lo dispuesto en las Sentencias T-348 de 1997, C-956 de 2001 y C-980 de 2002, por lo que considera que proceder en contravía de esta hermenéutica implica la creación de un tercer régimen o una disposición desfavorable para el docente.

CONSIDERACIONES DE LA SALA DE DECISIÓN

Pretende la parte actora la nulidad del acto administrativo con el cual se negó el reajuste periódico de la pensión de jubilación con base en el incremento anual del salario mínimo mensual legal vigente, atendiendo los dictados de la Ley 71 de 1988, así como la reducción del monto de los aportes con destino al sistema de salud del 12% al 5%.

PROBLEMA JURÍDICO

Atendiendo a la postura erigida por la parte apelante y a lo expuesto en el fallo de primer grado, los problemas jurídicos a resolver en el presente asunto se contraen a la dilucidación de los siguientes interrogantes:

- *¿Le asiste derecho a la parte nulidisciente al reajuste periódico de la pensión de jubilación con base en el incremento del salario mínimo mensual legal vigente, según lo establece la Ley 71 de 1988?*
- *¿Qué porcentaje debe aplicarse sobre la mesada pensional de la parte actora, para realizar el descuento con destino al sistema de salud?*
- *¿Tiene derecho la parte actora a que no se le realicen los descuentos con destino al sistema de salud sobre las mesadas adicionales de su pensión ordinaria de jubilación?*

(I)

AJUSTE PERIÓDICO DE LAS PENSIONES

El artículo 53 de la Carta Política establece un mandato dirigido a la protección de los ingresos de los pensionados, a través del mantenimiento del poder adquisitivo de las mesadas pensionales:

“ARTICULO 53. El Congreso expedirá el estatuto del trabajo. La ley correspondiente tendrá en cuenta por lo menos los siguientes principios mínimos fundamentales:

Igualdad de oportunidades para los trabajadores; remuneración mínima vital y móvil, proporcional a la cantidad y calidad de trabajo; estabilidad en el empleo; irrenunciabilidad a los beneficios mínimos establecidos en normas laborales; facultades para transigir y conciliar sobre derechos inciertos y discutibles; situación más favorable al trabajador en caso de duda en la aplicación e interpretación de las fuentes formales de derecho; primacía de la realidad sobre formalidades establecidas por los sujetos de las relaciones laborales; garantía a la seguridad social, la capacitación, el adiestramiento y el descanso necesario; protección especial a la mujer, a la maternidad y al trabajador menor de edad.

El estado garantiza el derecho al pago oportuno y al reajuste periódico de las pensiones legales” /Destaca el Tribunal/.

Este cometido constitucional encuentra desarrollo en diversos instrumentos de índole legal, incluso, se encuentra previsto en diferentes disposiciones anteriores a la Carta Política de 1991. Verbigracia, el canon 1 de la Ley 4ª de 1976¹ disponía a la sazón:

“Artículo 1º.- Las pensiones de jubilación, invalidez, vejez y sobrevivientes, de los sectores público, oficial, semioficial, en todos sus órdenes, y en el sector privado, así como las que paga el Instituto Colombiano de los Seguros Sociales a excepción de las pensiones por incapacidad permanente parcial, se reajustarán de oficio, cada año, en la siguiente forma:

Cuando se eleve el salario mínimo mensual legal más alto, se procederá como sigue: con una suma fija igual a la mitad de la diferencia entre el antiguo y el nuevo salario mínimo mensual legal más alto, más una suma equivalente a la mitad del porcentaje que represente el incremento entre el antiguo y el nuevo salario mínimo mensual legal más alto, esto último aplicado a la correspondiente pensión”.

Posteriormente, los parámetros para la actualización del valor de las pensiones fueron modificados por el artículo 1 de la Ley 71 de 1988, por cuyo ministerio:

“ARTICULO 1o. Las pensiones a que se refiere el artículo 1o. de la Ley 4a. de 1976, las de incapacidad permanente parcial y las compartidas, serán reajustadas de oficio cada vez y con el mismo porcentaje en que sea incrementado por el Gobierno el salario mínimo legal mensual.

PARAGRAFO. Este reajuste tendrá vigencia simultánea a la que se fija para el salario mínimo” /Destaca la Sala/.

¹ “Por la cual se dictan normas sobre materia pensional de los sectores público, oficial, semioficial y privado y se dictan otras disposiciones”.

En análogos términos, el Decreto 1160 de 1989 reiteró el mandato de reajuste pensional tomando como parámetro el incremento del salario mínimo decretado por el Gobierno Nacional:

“Reajuste pensional. Las pensiones de jubilación, invalidez, vejez, incapacidad permanente parcial, compartidas y de sobrevivientes, de los sectores público, privado y del Instituto de Seguros Sociales, se reajustarán de oficio y en forma simultánea con el salario mínimo legal, en el mismo porcentaje en que éste sea incrementado por el Gobierno Nacional”.

Con la promulgación de la Ley 100 de 1993, se introdujo un cambio en el parámetro de aumento periódico de la mesadas pensionales, dependiendo del valor de la misma, pues una es la regla aplicable cuando la pensión es equivalente al valor del salario mínimo mensual legal vigente, y otra cuando es superior a dicho guarismo. Al respecto, el artículo 14 de dicho esquema disposicional prevé:

“ARTÍCULO 14. REAJUSTE DE PENSIONES. Con el objeto de que las pensiones de vejez o de jubilación, de invalidez y de sustitución o sobreviviente, en cualquiera de los dos regímenes del sistema general de pensiones, mantengan su poder adquisitivo constante, se reajustarán anualmente de oficio, el primero de enero de cada año, según la variación porcentual del Índice de Precios al Consumidor, certificado por el DANE para el año inmediatamente anterior. No obstante, las pensiones cuyo monto mensual sea igual al salario mínimo legal mensual vigente, serán reajustadas de oficio cada vez y con el mismo porcentaje en que se incremente dicho salario por el Gobierno.” /Resaltado del Tribunal/.

La norma en mención fue objeto de estudio de constitucionalidad, cuyo resultado fue la exequibilidad, declarada mediante la Sentencia C-387 de 1994², de la cual la Sala destaca en lo pertinente, lo siguiente:

² MP. Dr. Carlos Gaviria Díaz.

“Para la Corte es evidente que ese tratamiento distinto ante situaciones iguales, a la luz de los cánones constitucionales, tiene una justificación clara y razonable, cual es la de dar especial protección a aquellos pensionados que por devengar una pensión mínima se encuentran, por razones económicas, en situación de debilidad manifiesta frente a los demás. En consecuencia, ha decidido el legislador que el valor de la pensión para esas personas se reajuste en un porcentaje igual al del salario mínimo legal mensual, con el fin de que dicho ingreso conserve su poder adquisitivo y así pueda el beneficiario satisfacer sus necesidades básicas y llevar una vida digna.

(...) Así las cosas, no le asiste razón al demandante, pues no es posible afirmar con certeza cuál de los dos sistemas podría resultar más benéfico para el pensionado, ya que ello dependerá del comportamiento que presente cada uno de esos factores a través del tiempo, de manera que habrá ocasiones en que el índice de precios al consumidor sea superior al porcentaje en que se incremente el salario mínimo, y en otras, éste sea inferior a aquél, o pueden existir casos en que los dos sean iguales.

De otra parte, estima la Corte pertinente agregar que la Constitución al consagrar el derecho al reajuste periódico de las pensiones (art. 53 inc. 2o.), no señala la proporción en que éstas deben incrementarse, como tampoco la oportunidad o frecuencia en que debe llevarse a cabo, quedando en manos del legislador la regulación de estos aspectos, como en efecto lo hace la norma parcialmente impugnada” /Destacado del Tribunal/.

Por su parte, el H. Consejo de Estado³ se pronunció sobre la vigencia del artículo 1 de la Ley 71 de 1988 y el alcance de la fórmula del incremento pensional consagrado en la Ley 100 de 1993:

“Ahora bien, en criterio de la parte demandante, la mesada de quienes se pensionaron con anterioridad al 1.º de abril de 1994 debe incrementarse en la forma prevista por la Ley 71 del 19 de diciembre de 1988, esto es, en el mismo porcentaje en que se ajustaba el salario mínimo, afirmación frente a la cual debe indicarse que el hecho de que el porcentaje en el cual se reajusta la pensión no sea un derecho adquirido, implica que el sistema definido por la Ley 100 de 1993 podía regular válidamente la proporción del aumento de la prestación, derogando el enunciado normativo que venía rigiendo hasta ese momento, tal y como lo admitió la Corte Constitucional en la sentencia C-110 de 1996, al señalar:

« (...) A partir del 1.º de enero de 1989 y hasta la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, todas las pensiones que fueron reconocidas en el país, tanto en el sector público como en el privado, se reajustaron anualmente conforme a la formula (sic) prevista en la Ley 71 de 1988, esto es, en el mismo porcentaje en que se incrementó por el Gobierno el salario mínimo legal mensual. Con la expedición de la Ley 100 de 1993 y su entrada en vigencia, las pensiones reconocidas antes y después de dicha ley, se vienen reajustando en la forma prevista por su artículo 14 y teniendo en cuenta lo dispuesto en los artículos 142 y 143 ibídem, lo que significa que el referido reajuste se produce anualmente

³ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección A, M.P. William Hernández Gómez, 17 de agosto de dos mil diecisiete (2017) Rad. 11001-03-24-000-2010-00007-00(3294-14).

según la variación porcentual del Índice de Precios al Consumidor, certificado por el DANE para el año inmediatamente anterior, más la mesada adicional y el reajuste equivalente a la elevación en la cotización para salud, a favor de los pensionados con anterioridad al 1° de enero de 1994 (...)

Conclusión: Conforme a las consideraciones expuestas, el porcentaje de reajuste de la mesada pensional no es un derecho adquirido, por lo tanto la jurisprudencia de la Corte Constitucional ha considerado que el legislador está habilitado para modificar las normas que consagran la proporción en que se realizarán los aumentos de las mesadas pensionales”.

De acuerdo con lo anterior, el reajuste previsto por el artículo 14 de la Ley 100 de 1993 sí es aplicable a quienes les fue reconocida la pensión antes del 1.º de abril de 1994 y no el definido por la Ley 71 del 19 de diciembre de 1988, toda vez que esta última quedó derogada por aquella” /Subrayas fuera del texto/.

Por otra parte, uno de los argumentos en los que insiste la parte actora en su recurso de apelación se entrelaza con el principio de favorabilidad en materia pensional, que a su juicio, legitima la aplicación del incremento pensional con el aumento del salario mínimo legal mensual vigente, previsto en la Ley 71 de 1988. En punto a este raciocinio, la Corte Constitucional se pronunció en la Sentencia C-425 de 2017⁴ esbozando:

“ (...) Lo anterior, hasta el punto de que en su demanda no sólo solicita declarar inexecutable el apartado demandado, según el cual las pensiones “se reajustarán anualmente de oficio, el primero de enero de cada año, según la variación porcentual del Índice de Precios al Consumidor, certificado por el DANE para el año

⁴ M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez.

inmediatamente anterior”, sino que incluso le pide a la Corte señalar que lo más favorable para el pensionado es “la medición del poder adquisitivo constante de las pensiones por el método de medición de la equivalencia de las pensiones en relación con el Salario Mínimo Legal Vigente”[85], como si este fuese expresamente el mandato constitucional

(...) Por lo tanto, se concluye que además de que la propia Constitución faculta al legislador a decidir, con autonomía política, de qué manera reajustar periódicamente el valor de las pensiones, de tal forma que no hay lugar aquí para la aplicación del principio de favorabilidad en materia laboral del que trata el artículo 53 superior, en todo caso los índices o referencias de actualización a los que acudió el legislador para actualizar las pensiones de forma diferenciada según su valor (IPC y SMLMV) tienen un origen, una explicación y unos propósitos diferentes, al mismo tiempo que se relacionan entre ellos de una forma particular.. (...)

Al mismo tiempo que, se reitera, el constituyente impuso al legislador el deber general de actualizar el monto de las pensiones para que fuesen consistentes con el fenómeno de la pérdida del poder adquisitivo de la moneda, pero no impuso un modelo específico de actualización, motivo por el cual el Congreso cuenta con un amplio margen de configuración para fijar las fórmulas específicas a través de las cuales se materializa este deber genérico, sin que se encuentre obligado a acoger un esquema económico que, a juicio del accionante, resulte más favorable a los intereses de los pensionados entre todos los posibles” /Resaltados del Tribunal/.

Finalmente, es claro que los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio (FNPSM) se hallan excluidos del régimen pensional general previsto en la Ley 100 de 1993 en virtud del expreso mandato del artículo 279 de esa norma⁵, no obstante, este mandato legal debe leerse en armonía con el canon 1 parágrafo 4 de la Ley 238 de 2005, que reza:

“ARTÍCULO 1o. Adiciónese al artículo 279 de la Ley 100 de 1993, con el siguiente parágrafo: (...)”

“Parágrafo 4. Las excepciones consagradas en el presente artículo no implican negación de los beneficios y derechos determinados en los artículos 14 y 142 de esta ley para los pensionados de los sectores aquí contemplados”. /Resaltado de la Sala/

Recogiendo los elementos presentes en el marco normativo y jurisprudencial reproducido en las líneas que anteceden, los cuestionamientos vertidos por la parte demandante contra el fallo de primer grado, y con ellas las súplicas de la demanda, no encuentran eco de prosperidad, por diversas razones.

De un lado, la jurisprudencia constitucional justifica el establecimiento de un marco diferencial de protección a las personas que devengan pensiones cuyo valor es equivalente a un (1) salario mínimo mensual, respecto a aquellos pensionados que devengan una mesada superior, como medida positiva encaminada a lograr el mandato de igualdad real y efectiva (art. 13 C.P.). En todo caso, la Corte deja en claro que el salario mínimo y el I.P.C. responden a factores y realidades diferentes, no siempre predecibles, por lo que no puede realizarse un juicio de comparación puro y simple entre ambos.

⁵ “(...) Así mismo, se exceptúa a los afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, creado por la Ley 91 de 1989, cuyas prestaciones a cargo serán compatibles con pensiones o cualquier clase de remuneración. Este Fondo será responsable de la expedición y pago de bonos pensionales en favor de educadores que se retiren del servicio, de conformidad con la reglamentación que para el efecto se expida. (...)” /Subrayado de la Sala/.

Adicional a ello, es de suma importancia resaltar que el canon 53 de la Carta, al paso que consagra el mandato de incremento periódico de las pensiones de tal forma que mantengan su poder adquisitivo, no sujeta este postulado a un método específico, dejando en manos del legislador la materialización de este cometido, lo cual precisamente ocurre con el artículo 14 de la Ley 100/93, expedido en uso de la libertad de configuración que sobre el particular le asiste al Congreso de la República.

Justamente, al referirse a dicho texto legal, tanto la Corte Constitucional como el supremo órgano de lo contencioso administrativo son contestes en aludir que el artículo 1 de la Ley 71 de 1988 ha de entenderse derogado por el canon 14 de la Ley 100/93, incluso, respecto a quienes obtuvieron su derecho pensional con anterioridad a aquella disposición, todo ello bajo el entendido de que el porcentaje de incremento o reajuste pensional anual no constituye un derecho adquirido.

Bajo esta óptica, ha de concluirse que si bien los docentes vinculados antes de la vigencia de la Ley 812 de 2003 cuentan con un régimen pensional especial y diferente al general consagrado en la Ley 100 de 1993, de ello no se sigue que al amparo de este régimen puedan acudir a la Ley 71/88 para obtener un incremento pensional anual diferente al vigente, pues este aspecto no integra el régimen pensional propiamente dicho.

Ante este panorama, tampoco resulta de recibo el argumento relacionado con el principio de favorabilidad, pues existe una disposición expresa sobre la forma en la que proceden los aumentos pensionales, y la existencia de aumentos pensionales con base en el salario mínimo únicamente se justifica en el caso de las pensiones cuyo monto equivale a este salario.

CASO CONCRETO

En virtud de lo expuesto y abordados los pormenores del caso, resulta evidente que la pensión reconocida por el FNPSM a favor de la señora NOHEMY CARDONA DE VANEGAS supera con creces el valor del salario mínimo legal mensual vigente (la mesada pensional reconocida equivale a \$ 1'154.655 para

2001) (PDF N° 4), por lo que la entidad demandada, al negar el incremento pretendido al tenor del artículo 1 de la Ley 71 de 1988 se ajustó plenamente al ordenamiento jurídico, lo que derivaba en una decisión negativa frente a las pretensiones de la demanda, como en efecto ocurrió.

(II)
DESCUENTOS CON DESTINO
AL SISTEMA DE SALUD

El principio de solidaridad constituye uno de los pilares del Sistema General de Seguridad Social tanto en salud como en pensiones, y de él se derivan algunas obligaciones de los afiliados, como lo es contribuir a su financiación a través de aportes (art. 48 C.P.). En el mismo sentido se encuentra concebido el servicio de salud en el canon 49 constitucional, soportado en la solidaridad como elemento medular de su prestación.

En relación con los pensionados, la Ley 100 de 1993 los cataloga como afiliados con capacidad de pago, por lo que se encuentran en el régimen contributivo del sistema de salud (art. 175, lit. A, num. 1), incluso, el canon 143 de ese esquema disposicional establece que quienes hayan obtenido el reconocimiento pensional antes de la entrada en vigencia de la norma, tendrían derecho al reajuste mensual según la tasa de cotización en salud, además, instituye que la obligación de cotizar en salud se halla en cabeza de los pensionados en su totalidad.

Al pronunciarse sobre la obligación de los pensionados de cotizar con destino al sistema de salud, la H. Corte Constitucional⁶ expresó:

“(...) Entonces, incluso los regímenes de excepción tienen el deber de cotizar al Sistema General de Seguridad Social, para la prestación de los servicios médico asistenciales, situación que no varió con la expedición de la Ley 100 de 1993. Esto encuentra respaldo en el principio de solidaridad que caracteriza este sistema. Así en las sentencia C-1000 de 2007, la Corte reiteró la

⁶ Sentencia T-835 de 2014.

posición de la obligación de cotizar al Sistema, señalada en la C-548 de 1998 y sobre los aportes que deben efectuar los pensionados señaló:

“(...) frente al deber que tienen los pensionados de cotizar en materia de salud, la Corte ha estimado que (i) es un desarrollo natural de los preceptos constitucionales que la ley ordene brindar asistencia médica a los pensionados y que prevea que éstos paguen una cotización para tal efecto, ya que la seguridad social no es gratuita sino que se financia, en parte, con los mismos aportes de los beneficiarios, de conformidad con los principios de eficiencia, solidaridad y universalidad; y (ii) no viola la constitución que el legislador establezca que los pensionados deben cotizar en materia de salud.”

En conclusión todo pensionado debe contribuir a la sostenibilidad y eficiencia del sistema General de Salud, no sólo para recibir los distintos beneficios, sino para financiar el sistema en su conjunto, colaborando con sus aportes a la prestación de la asistencia médica de todas las personas que pertenecen al régimen subsidiado, en desarrollo del principio de solidaridad consagrado en la Constitución. (...) /Resalta el Tribunal/”.

En cuanto al monto sobre el cual se deben realizar los aportes en salud, las normas anteriores a la Ley 100 de 1993 contenían porcentajes que regularmente equivalían al 5%, como ocurría en el caso de la Ley 4ª de 1966 para el caso de los pensionados de la extinta CAJA NACIONAL DE PREVISIÓN SOCIAL - CAJANAL. En el mismo sentido, el Decreto 3135 de 1968 dispuso:

"A los pensionados por invalidez, jubilación y retiro por vejez se les prestará por la entidad que les pague la pensión, asistencia médica, farmacéutica, quirúrgica y hospitalaria. Para este efecto el pensionado cotizará mensualmente un cinco por ciento (5%) de su pensión".

En el caso de los educadores, la Ley 91 de 1989, creó el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, que tiene como uno de sus objetivos garantizar la prestación de los servicios médico-asistenciales de los profesores, y en el artículo 8 de la citada ley se establece que esta cuenta se haya constituida, entre otros, por *‘El 5% de cada mesada pensional que pague el Fondo incluidas las mesadas adicionales, como aporte de los pensionados’*.

Sin embargo, el porcentaje fue modificado con posterioridad con la expedición de la Ley 812 de 2003, que introdujo modificaciones sustanciales al régimen pensional docente. En el artículo 81 esta norma prescribe:

“ARTÍCULO 81. RÉGIMEN PRESTACIONAL DE LOS DOCENTES OFICIALES. El régimen prestacional de los docentes nacionales, nacionalizados y territoriales, que se encuentren vinculados al servicio público educativo oficial, es el establecido para el Magisterio en las disposiciones vigentes con anterioridad a la entrada en vigencia de la presente ley.

Los docentes que se vinculen a partir de la entrada en vigencia de la presente ley, serán afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y tendrán los derechos pensionales del régimen pensional de prima media establecido en las Leyes 100 de 1993 y 797 de 2003, con los requisitos previstos en él, con excepción de la edad de pensión de vejez que será de 57 años para hombres y mujeres.

Los servicios de salud para los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, serán prestados de conformidad con la Ley 91 de 1989, las prestaciones correspondientes a riesgos profesionales serán las que hoy tiene establecido el Fondo para tales efectos.

El valor total de la tasa de cotización por los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio corresponderá a la suma de aportes que para salud y pensiones establezcan las Leyes 100 de 1993 y 797 de 2003, manteniendo la misma distribución que

exista para empleadores y trabajadores. La distribución del monto de estos recursos la hará el Consejo Directivo del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, en lo correspondiente a las cuentas de salud y pensiones” /Subraya el Tribunal/.

En atención a la remisión normativa de que trata el canon citado, la Ley 100 de 1993 consagra el monto de las cotizaciones con destino al sistema de salud a cargo de los afiliados en el artículo 204, por cuyo ministerio:

“(…) La cotización obligatoria que se aplica a los afiliados al sistema general de seguridad social en salud según las normas del presente régimen, será máximo del 12% del salario base de cotización, el cual no podrá ser inferior al salario mínimo. Dos terceras partes de la cotización estarán a cargo del empleador y una tercera parte a cargo del trabajador. Un punto de la cotización será trasladado al fondo de solidaridad y garantía para contribuir a la financiación de los beneficiarios del régimen subsidiado” /Resalta la Sala/.

Debe anotarse que esta preceptiva fue objeto de dos (2) modificaciones relacionadas con el valor o monto de las cotizaciones al sistema de salud, de la siguiente manera:

(i) Mediante la Ley 1122 de 2007, artículo 10, la cotización al régimen contributivo en salud a partir del 1º de enero de 2007 pasó a ser *‘del 12,5% del ingreso o salario base de cotización, el cual no podrá ser inferior al salario mínimo. La cotización a cargo del empleador será del 8.5% y a cargo del empleado del 4%. Uno punto cinco (1,5) de la cotización serán trasladados a la subcuenta de Solidaridad del Fosyga para contribuir a la financiación de los beneficiarios del régimen subsidiado’.*

(ii) Luego, la Ley 1250 de 2008 adicionó el canon 204 de la Ley 100/93 al prescribir que *‘La cotización mensual al régimen contributivo de salud de los pensionados será del 12% del ingreso de la respectiva mesada pensional’.*

De igual manera, el deber de cotizar al sistema de salud en cabeza de los pensionados del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio (FNPSM), así como el monto de los aportes, fue objeto de pronunciamiento por el H. Consejo de Estado⁷, que en reciente oportunidad puntualizó lo siguiente:

“Del análisis de la normatividad referida [artículos 2 de la Ley 4 de 1966 y 8.5 de la Ley 91 de 1989 que tratan del descuento del 5% para el Fondo incluidas las mesadas adicionales], se evidencia que el legislador, sentó para todos los afiliados a la Caja Nacional forzosos y voluntarios e incluidos los pensionados la obligación de cotizar para salud, deber que también opera para los afiliados al Fondo de Prestaciones Sociales. Actualmente, con el sistema de seguridad social integral previsto en la Ley 100 de 1993, del cual hace parte el subsistema de seguridad social en salud, una de las obligaciones de los afiliados es justamente efectuar las cotizaciones. (Artículo 161 Ley 100 de 1993). Lo propio hizo el artículo 8º de la Ley 91 de 1989, respecto del personal afiliado al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, que incluye también a los pensionados. (Pensión ordinaria) (...)

6.2. Afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio

Ley 91 de 1989 artículo 8-5	5%

⁷ Consejo de Estado- Sala de lo Contencioso Administrativo- Sección Segunda -Subsección B- Consejero ponente: César Palomino Cortés-, diez (10) de mayo de dos mil dieciocho (2018) - Radicación número: 68001-23-31-000-2010-00624-01(0340-14)

<i>Ley 812 de 2003, 8, artículo 81</i>	<i>El valor total de la tasa de cotización por los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio corresponderá a la suma de aportes que para salud y pensiones establezcan las Leyes 100 de 1993 y 797 de 2003, manteniendo la misma distribución que exista para empleadores y trabajadores. La distribución del monto de estos recursos la hará el Consejo Directivo del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, en lo correspondiente a las cuentas de salud y pensiones.</i>

Así las cosas, la cotización para salud del sistema general de los docentes afiliados al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, es el mismo porcentaje del régimen general (...)”
/Subrayado del Tribunal/.

A voces de las normas parcialmente reproducidas, el ordenamiento constitucional atribuye a los afiliados al Sistema General de Seguridad Social - *entre ellos los pensionados*- el deber de materializar el principio de solidaridad a través de los aportes o cotizaciones destinados a generar su viabilidad financiera. Así mismo, aun cuando la Ley 91 de 1989 originalmente previó un porcentaje del 5% como monto de la cotización, este asciende en la actualidad al 12%, en virtud de la modificación introducida por la Ley 812 de 2003, que remite a los mandatos de orden pensional general.

Finalmente, en lo que atañe a los descuentos sobre mesadas adicionales, estos se hallan previstos en la Ley 91/89, según la cual el FNPSM se halla constituido, entre otros recursos, por ‘*El 5% de cada mesada pensional que pague el Fondo incluidas las mesadas adicionales, como aporte de los*

⁸ Corte Constitucional. Sentencia C-529 de 23 de junio de 2010

pensionados', disposición que goza de plena vigencia en la medida que no ha sido objeto de derogatoria, bien sea tácita o expresa.

En este sentido, aun cuando la Ley 100 de 1993 no contempla la realización de descuentos sobre las mesadas adicionales, la Ley 91 de 1989 *-régimen especial para los docentes afiliados al FNPSM-* sí contiene dicha obligación, por lo que la extensión del régimen de cotizaciones de la Ley 100/93 a los profesores ha de entenderse exclusivamente ceñida al aumento del monto de la cotización (del 5% al 12%), y no conlleva la derogatoria del canon 8 de la Ley 91/89, en cuanto prescribe que tales mesadas serán objeto de aportes con destino al sistema de salud.

Finalmente, el Tribunal trae a colación los planteamientos esbozados por el H. Consejo de Estado⁹ al abordar las pretensiones de devolución de aportes realizados sobre las mesadas adicionales de un pensionado afiliado al FNPSM:

“(…) A partir de lo anterior, esta Sala advierte, en síntesis, que el tribunal, señaló que aunque la Ley 812 de 2003 gobierna el monto de las cotizaciones a salud de los pensionados afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, es necesario remitirse a la Ley 91 de 1989, en lo que toca con la posibilidad de efectuar dichos descuentos sobre las mesadas adicionales.

En ese sentido, consideró viable el descuento por salud sobre la mesada catorce percibida por la accionante, por cuanto, aunque las Leyes 42 de 1982 y 43 de 1984, prohibían descuento alguno sobre las mesadas adicionales, en su criterio, estas normas fueron derogadas tácitamente por la Ley 91 de 1989, por haber sido expedida de forma posterior, la cual, contempló dichos descuentos sobre las mesadas adicionales, inclusive.

⁹ Sentencia de 14 de septiembre de 2017.

En esta perspectiva, advierte la Sala que el análisis normativo efectuado por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca es razonable, toda vez que se sustentó en la vigencia de las normas relevantes al asunto puesto en consideración, por lo que no es posible colegir que la providencia judicial cuestionada constituya un error sustantivo.” /Subraya el Tribunal/.

Por modo, aun cuando los descuentos sobre las mesadas adicionales no se encuentren previstos de manera explícita en la Ley 812 de 2003, la Sala es del criterio que dicha obligación no ha cesado, pues en atención al principio de solidaridad que informa todo el Sistema de Seguridad Social, los descuentos por este concepto se avienen al ordenamiento jurídico.

En conclusión, el acto demandado se ajusta a la legalidad en tanto dispone realizar los descuentos previstos expresamente en la Ley 91 de 1989 sobre las mesadas adicionales de los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, obligación que les asiste a los educadores por disposición de la norma en mención, y que no ha de entenderse suprimida, cesada o derogada por el hecho de que la Ley 812 de 2003 no haya reproducido de manera expresa dicho contenido.

Por ende, se confirmará la sentencia de primer grado.

COSTAS.

Se condenará en costas a la apelante, en virtud del supuesto previsto en el numeral 3 del artículo 365 del Código General del Proceso. Sin agencias en derecho en esta instancia por no haberse causado.

Por lo discurrido, el **Tribunal Administrativo de Caldas, SALA 4ª DE DECISIÓN ORAL**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

FALLA

CONFÍRMASE la sentencia emanada del Juzgado 6° Administrativo de Manizales, con la cual negó las pretensiones formuladas por la señora **NOHEMY CARDONA DE VANEGAS** dentro del contencioso de **NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO** promovido contra la **NACIÓN-MINISTERIO DE EDUCACIÓN-FNPSM** y el **DEPARTAMENTO DE CALDAS**.

COSTAS en esta instancia a cargo de la parte demandante y a favor de la entidad demandada. Sin agencias en derecho en esta instancia.

Ejecutoriada esta providencia, **DEVUÉLVASE** el expediente al Juzgado de origen, previas las anotaciones del caso en el Programa Justicia Siglo XXI.

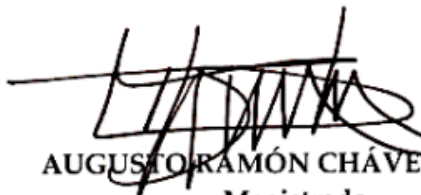
NOTIFÍQUESE conforme lo dispone el artículo 203 del C/CA.

Providencia discutida y aprobada en Sala de Decisión celebrada en la fecha, según consta en Acta N° 041 de 2021.

NOTIFÍQUESE



AUGUSTO MORALES VALENCIA
Magistrado



AUGUSTO RAMÓN CHÁVEZ MARÍN
Magistrado



PUBLIO MARTÍN ANDRÉS PATIÑO MEJÍA
Magistrado

17-001-33-33-002-2019-00006-02

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO

DE CALDAS

SALA 4ª DE DECISIÓN ORAL

Magistrado Ponente: AUGUSTO MORALES VALENCIA

Manizales, diecisiete (17) de SEPTIEMBRE de dos mil veintiuno (2021)

S. 092

La Sala 4ª de Decisión Oral del Tribunal Administrativo de Caldas, conformada por los Magistrados AUGUSTO MORALES VALENCIA, quien la preside, AUGUSTO RAMÓN CHÁVEZ MARÍN y PUBLIO MARTÍN ANDRÉS PATIÑO MEJÍA, procede a dictar sentencia de segundo grado por vía del recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia emanada del Juzgado 2º Administrativo de Manizales, con la cual negó las pretensiones formuladas por la señora **GLORIA MERCEDES JARAMILLO ESTRADA** dentro del contencioso de **NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO** promovido contra la **NACIÓN-MINISTERIO DE EDUCACIÓN-FNPSM**.

ANTECEDENTES

PRETENSIONES DE LA PARTE ACTORA.

- I) Se declare la nulidad de la Resolución N° 9338-6 del 28 de noviembre de 2017.
- II) Se declare que la parte actora pertenece al régimen exceptuado previsto en el artículo 279 de la Ley 100 de 1993, que su situación se halla cobijada por el régimen especial previsto para los docentes vinculados antes del 27 de junio de 2003, y por ende, que su pensión de jubilación debe ser reajustada anualmente con base en lo previsto en las Leyes 91 de 1989 y 71 de 1988.
- III) Se condene a la parte accionada a aplicar el porcentaje previsto en el artículo 8 ordinal 5° de la Ley 91 de 1989 para los descuentos en salud, equivalente al 5%, cesando los actuales aportes del 12%.

IV) Se disponga el reajuste pensional de manera retroactiva, aplicando lo previsto en el artículo 1 de la Ley 71 de 1988, esto es, con base en el incremento anual del salario mínimo y no el IPC.

V) Se reintegren las sumas que han sido descontadas de su mesada pensional, superiores al 5% de las mesadas de julio y diciembre.

VI) Se paguen a la parte demandante las diferencias resultantes entre la mesada pensional reajustada y la que actualmente recibe.

VII) Se indexen las sumas reconocidas, y se condene en costas y agencias en derecho a la demandada.

A título de pretensión subsidiaria, impetra que de llegar a considerarse por el Tribunal que su régimen pensional es el consagrado en las Leyes 100 de 1993 y 797 de 2003, se ordene reintegrar a favor de la parte accionante lo descontado equivalente al 12% de las mesadas de junio y diciembre, se ordene cesar dichos aportes y se condene en costas a la accionada.

CAUSA PETENDI.

En síntesis, expresa lo siguiente:

- Se vinculó a la docencia oficial con anterioridad al 27 de junio de 2003, y al cumplir los requisitos de ley le fue reconocida pensión de jubilación, de la cual le han venido descontando el 12% de cada mesada pensional, incluidas las adicionales de junio y diciembre, con destino al sistema de salud.
- Pese a que en el acto de reconocimiento se dijo que el reajuste anual pensional se daría en virtud de lo dispuesto en el artículo 1 de la Ley 71 de 1988, dichos incrementos se han hecho conforme lo dispone el mandato 14 de la Ley 100 de 1993.
- Desde la promulgación de la Ley 100 de 1993, los incrementos anuales de las pensiones ordenados en el artículo 53 de la Carta Política vienen dándose

con la aplicación del Índice de Precios al Consumidor (IPC), según lo consagrado en el canon 14 de dicho dispositivo legal.

➤ Presentó solicitud ante la entidad demandada con el fin de que su pensión fuera incrementada conforme lo dispone el artículo 1 de la Ley 71 de 1988, igualmente que el descuento con destino al sistema de salud se ajustara al 5% de cada mesada, peticiones negadas a través del acto demandado.

NORMAS VIOLADAS Y CONCEPTO DE LA VIOLACIÓN.

Se invocaron: Constitución Política, arts. 1, 2, 4, 6, 13, 25, 29, 48, 53, 90, 121, 125 y 209 Ley 33 de 1985; Ley 91/89, art. 15, numeral 2 literal A; Ley 115 de 1994, art. 115; Ley 71/88, art. 1; Ley 238/95; Ley 100/93, art. 279; Ley 238 de 1995, art. 1; Ley 700 de 2011, art. 4; Ley 797 de 2003, art. 9; Ley 812 de 2003, art. 81; Ley 1151 de 2007, art. 160; Acto Legislativo 01 de 2005; Ley 1437 de 2011, art. 147.

Como juicio de la infracción, argumenta que con la decisión asumida por la demandada se atenta contra su derecho a mantener el poder adquisitivo de la mesada pensional, en la medida que las Leyes 71/88 y 238/95 disponen el ajuste periódico de las pensiones tomando como base el incremento que el gobierno nacional fije para el salario mínimo legal.

Añade que la llamada por pasiva viene ajustando las pensiones atendiendo lo dispuesto en el artículo 14 de la Ley 100 de 1993, es decir, el IPC; no obstante, los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio están excluidos del régimen pensional general en virtud del canon 279 de la misma norma, lo que incide en que desde el año 1996, se estén dando incrementos inferiores al aumento del salario mínimo mensual legal vigente.

Respecto a los aportes en salud y el monto que ha de ser descontado, acota que el FNPSM toma como excusa el artículo 81 de la Ley 812 de 2003 para incrementar el porcentaje de cotización al sistema, sin atender las precisiones que deben hacerse dependiendo de la vinculación al servicio

docente. Agrega que con la aplicación de manera indistinta de normas generales y especiales, se ha creado un tercer régimen no previsto por el legislador, en contravía del postulado 53 Superior.

CONTESTACIÓN AL LIBELO DEMANDADOR.

La **NACIÓN - MINISTERIO DE EDUCACIÓN - FNPSM** no contestó la demanda, conforme se hace constar en el documento PDF N° 5.

LA SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

La Jueza 2ª Administrativa de Manizales dictó sentencia negando las pretensiones de la parte actora en los términos que pasan a compendiarse (PDF N° 8).

Como base de la decisión, la funcionaria judicial expresó que no se puede reajustar la pensión de los docentes acudiendo al artículo 1 de la Ley 71 de 1988 porque este fue derogado por la Ley 812 de 2003, que en cuanto a los incrementos pensionales, ciñe su regulación a lo previsto en la Ley 100 de 1993, incluso tratándose de los regímenes exceptuados como el de los educadores.

Luego, estimó que la Ley 91 de 1989 fue objeto de modificación en punto a los porcentajes que deben ser objeto de aporte al sistema de salud, por lo que para todos los pensionados, incluyendo los afiliados al FNPSM, dicho porcentaje está definido en la Ley 812 de 2003 y la sentencia C-369 de 2004, además, los descuentos incluyen las mesadas adicionales de junio y diciembre, por expreso mandato de la Ley 91 de 1989.

EL RECURSO DE SEGUNDO GRADO.

Mediante memorial que se halla en el PDF N° 8, la parte demandante impugnó la sentencia de primera instancia, centrando su desacuerdo con la decisión en los puntos que a continuación se relacionan.

Expresa que la sentencia de primer grado desconoce la supremacía constitucional y la prevalencia de las normas especiales sobre las generales, en la medida que el artículo 1 de la Ley 71 de 1988, aún vigente para un grupo de docentes, circunscribe el aumento del valor de las pensiones al incremento del salario mínimo mensual legal vigente. En este sentido, desestima el argumento según el cual ese artículo haya sido sustituido por el canon 14 de la Ley 100 de 1993, pues a los docentes vinculados antes de la Ley 812 de 2003 como es su caso, han de aplicarse las normas anteriores a su vigencia.

Plantea que con la promulgación de la Ley 238 de 1995, el legislador pretendió que los pensionados mantuvieran el poder adquisitivo de estas prestaciones, pudiendo optar por el régimen general o el especial según les resulte más favorable, es decir, se aplica el artículo 14 de la Ley 100 de 1993 siempre y cuando redunde en beneficio del pensionado, en todo caso, indica que los docentes ya contaban con una norma que les garantizaba mantener el poder adquisitivo de la mesada, como lo es la Ley 71/88.

Reitera que con base en la Ley 812 de 2003 y el Acto Legislativo N° 01 de 2005, el régimen pensional de los docentes vinculados antes de promulgada esa norma está conformado por la Ley 91 de 1989 y las normas que la complementen, como la citada Ley 71/88, por lo que solo a los docentes vinculados luego de proferida la Ley 812/03 resulta viable aplicarles el ajuste del IPC previsto en el artículo 14 de la Ley 100 de 1993. De la misma manera, cuestiona que no se haya empleado el principio de favorabilidad, pues a su juicio, es claro que existen dos regímenes pensionales, uno general y aquel que cobija a los docentes.

En cuanto a los descuentos en salud sobre las mesadas pensionales, acota que estos deben ser del 5% y no del 12%, atendiendo lo dispuesto en las Sentencias T-348 de 1997, C-956 de 2001 y C-980 de 2002, por lo que considera que proceder en contravía de esta hermenéutica implica la creación de un tercer régimen o una disposición desfavorable para el docente.

CONSIDERACIONES DE LA

SALA DE DECISIÓN

Pretende la parte actora la nulidad del acto administrativo con el cual se negó el reajuste periódico de la pensión de jubilación con base en el incremento anual del salario mínimo mensual legal vigente, atendiendo los dictados de la Ley 71 de 1988, así como la reducción del monto de los aportes con destino al sistema de salud del 12% al 5%.

PROBLEMA JURÍDICO

Atendiendo a la postura erigida por la parte apelante y a lo expuesto en el fallo de primer grado, los problemas jurídicos a resolver en el presente asunto se contraen a la dilucidación de los siguientes interrogantes:

- *¿Le asiste derecho a la parte nulidisciente al reajuste periódico de la pensión de jubilación con base en el incremento del salario mínimo mensual legal vigente, según lo establece la Ley 71 de 1988?*
- *¿Qué porcentaje debe aplicarse sobre la mesada pensional de la parte actora, para realizar el descuento con destino al sistema de salud?*
- *¿Tiene derecho la parte actora a que no se le realicen los descuentos con destino al sistema de salud sobre las mesadas adicionales de su pensión ordinaria de jubilación?*

(I)

AJUSTE PERIÓDICO DE LAS PENSIONES

El artículo 53 de la Carta Política establece un mandato dirigido a la protección de los ingresos de los pensionados, a través del mantenimiento del poder adquisitivo de las mesadas pensionales:

“ARTICULO 53. El Congreso expedirá el estatuto del trabajo. La ley correspondiente

tendrá en cuenta por lo menos los siguientes principios mínimos fundamentales:

Igualdad de oportunidades para los trabajadores; remuneración mínima vital y móvil, proporcional a la cantidad y calidad de trabajo; estabilidad en el empleo; irrenunciabilidad a los beneficios mínimos establecidos en normas laborales; facultades para transigir y conciliar sobre derechos inciertos y discutibles; situación más favorable al trabajador en caso de duda en la aplicación e interpretación de las fuentes formales de derecho; primacía de la realidad sobre formalidades establecidas por los sujetos de las relaciones laborales; garantía a la seguridad social, la capacitación, el adiestramiento y el descanso necesario; protección especial a la mujer, a la maternidad y al trabajador menor de edad.

El estado garantiza el derecho al pago oportuno y al reajuste periódico de las pensiones legales” /Destaca el Tribunal/.

Este cometido constitucional encuentra desarrollo en diversos instrumentos de índole legal, incluso, se encuentra previsto en diferentes disposiciones anteriores a la Carta Política de 1991. Verbigracia, el canon 1 de la Ley 4ª de 1976¹ disponía a la sazón:

“Artículo 1º.- Las pensiones de jubilación, invalidez, vejez y sobrevivientes, de los sectores público, oficial, semioficial, en todos sus órdenes, y en el sector privado, así como las que paga el Instituto Colombiano de los Seguros Sociales a excepción de las pensiones por incapacidad permanente parcial, se reajustarán de oficio, cada año, en la siguiente forma:

Cuando se eleve el salario mínimo mensual legal más alto, se procederá como sigue: con una suma fija igual a la mitad de la diferencia entre el antiguo y el nuevo salario mínimo mensual legal más alto, más una suma equivalente a la mitad del porcentaje que represente el incremento entre el antiguo y

¹ “Por la cual se dictan normas sobre materia pensional de los sectores público, oficial, semioficial y privado y se dictan otras disposiciones”.

el nuevo salario mínimo mensual legal más alto, esto último aplicado a la correspondiente pensión”.

Posteriormente, los parámetros para la actualización del valor de las pensiones fueron modificados por el artículo 1 de la Ley 71 de 1988, por cuyo ministerio:

“ARTICULO 1o. Las pensiones a que se refiere el artículo 1o. de la Ley 4a. de 1976, las de incapacidad permanente parcial y las compartidas, serán reajustadas de oficio cada vez y con el mismo porcentaje en que sea incrementado por el Gobierno el salario mínimo legal mensual.

PARAGRAFO. Este reajuste tendrá vigencia simultánea a la que se fija para el salario mínimo” /Destaca la Sala/.

En análogos términos, el Decreto 1160 de 1989 reiteró el mandato de reajuste pensional tomando como parámetro el incremento del salario mínimo decretado por el Gobierno Nacional:

“Reajuste pensional. Las pensiones de jubilación, invalidez, vejez, incapacidad permanente parcial, compartidas y de sobrevivientes, de los sectores público, privado y del Instituto de Seguros Sociales, se reajustarán de oficio y en forma simultánea con el salario mínimo legal, en el mismo porcentaje en que éste sea incrementado por el Gobierno Nacional”.

Con la promulgación de la Ley 100 de 1993, se introdujo un cambio en el parámetro de aumento periódico de la mesadas pensionales, dependiendo del valor de la misma, pues una es la regla aplicable cuando la pensión es equivalente al valor del salario mínimo mensual legal vigente, y otra cuando es superior a dicho guarismo. Al respecto, el artículo 14 de dicho esquema disposicional prevé:

“ARTÍCULO 14. REAJUSTE DE PENSIONES. Con el objeto de que las pensiones de vejez o de jubilación, de invalidez y de sustitución o sobreviviente, en cualquiera de los dos regímenes del sistema general de pensiones, mantengan su poder adquisitivo constante, se

reajustarán anualmente de oficio, el primero de enero de cada año, según la variación porcentual del Índice de Precios al Consumidor, certificado por el DANE para el año inmediatamente anterior. No obstante, las pensiones cuyo monto mensual sea igual al salario mínimo legal mensual vigente, serán reajustadas de oficio cada vez y con el mismo porcentaje en que se incremente dicho salario por el Gobierno.” /Resaltado del Tribunal/.

La norma en mención fue objeto de estudio de constitucionalidad, cuyo resultado fue la exequibilidad, declarada mediante la Sentencia C-387 de 1994², de la cual la Sala destaca en lo pertinente, lo siguiente:

“Para la Corte es evidente que ese tratamiento distinto ante situaciones iguales, a la luz de los cánones constitucionales, tiene una justificación clara y razonable, cual es la de dar especial protección a aquellos pensionados que por devengar una pensión mínima se encuentran, por razones económicas, en situación de debilidad manifiesta frente a los demás. En consecuencia, ha decidido el legislador que el valor de la pensión para esas personas se reajuste en un porcentaje igual al del salario mínimo legal mensual, con el fin de que dicho ingreso conserve su poder adquisitivo y así pueda el beneficiario satisfacer sus necesidades básicas y llevar una vida digna.

(...) Así las cosas, no le asiste razón al demandante, pues no es posible afirmar con certeza cuál de los dos sistemas podría resultar más benéfico para el pensionado, ya que ello dependerá del comportamiento que presente cada uno de esos factores a través del tiempo, de manera que habrá ocasiones en que el índice de precios al consumidor sea superior al porcentaje en

² MP. Dr. Carlos Gaviria Díaz.

que se incremente el salario mínimo, y en otras, éste sea inferior a aquél, o pueden existir casos en que los dos sean iguales.

De otra parte, estima la Corte pertinente agregar que la Constitución al consagrar el derecho al reajuste periódico de las pensiones (art. 53 inc. 2o.), no señala la proporción en que éstas deben incrementarse, como tampoco la oportunidad o frecuencia en que debe llevarse a cabo, quedando en manos del legislador la regulación de estos aspectos, como en efecto lo hace la norma parcialmente impugnada” /Destacado del Tribunal/.

Por su parte, el H. Consejo de Estado³ se pronunció sobre la vigencia del artículo 1 de la Ley 71 de 1988 y el alcance de la fórmula del incremento pensional consagrado en la Ley 100 de 1993:

“Ahora bien, en criterio de la parte demandante, la mesada de quienes se pensionaron con anterioridad al 1.º de abril de 1994 debe incrementarse en la forma prevista por la Ley 71 del 19 de diciembre de 1988, esto es, en el mismo porcentaje en que se ajustaba el salario mínimo, afirmación frente a la cual debe indicarse que el hecho de que el porcentaje en el cual se reajusta la pensión no sea un derecho adquirido, implica que el sistema definido por la Ley 100 de 1993 podía regular válidamente la proporción del aumento de la prestación, derogando el enunciado normativo que venía rigiendo hasta ese momento, tal y como lo admitió la Corte Constitucional en la sentencia C-110 de 1996, al señalar:

³ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección A, M.P. William Hernández Gómez, 17 de agosto de dos mil diecisiete (2017) Rad. 11001-03-24-000-2010-00007-00(3294-14).

« (...) A partir del 1.º de enero de 1989 y hasta la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, todas las pensiones que fueron reconocidas en el país, tanto en el sector público como en el privado, se reajustaron anualmente conforme a la formula (sic) prevista en la Ley 71 de 1988, esto es, en el mismo porcentaje en que se incrementó por el Gobierno el salario mínimo legal mensual. Con la expedición de la Ley 100 de 1993 y su entrada en vigencia, las pensiones reconocidas antes y después de dicha ley, se vienen reajustando en la forma prevista por su artículo 14 y teniendo en cuenta lo dispuesto en los artículos 142 y 143 ibídem, lo que significa que el referido reajuste se produce anualmente según la variación porcentual del Índice de Precios al Consumidor, certificado por el DANE para el año inmediatamente anterior, más la mesada adicional y el reajuste equivalente a la elevación en la cotización para salud, a favor de los pensionados con anterioridad al 1º de enero de 1994 (...)

Conclusión: Conforme a las consideraciones expuestas, el porcentaje de reajuste de la mesada pensional no es un derecho adquirido, por lo tanto la jurisprudencia de la Corte Constitucional ha considerado que el legislador está habilitado para modificar las normas que consagran la proporción en que se realizarán los aumentos de las mesadas pensionales”.

De acuerdo con lo anterior, el reajuste previsto por el artículo 14 de la Ley 100 de 1993 sí es aplicable a quienes les fue reconocida la pensión antes del 1.º de abril de 1994 y no el definido por la Ley 71 del 19 de diciembre de 1988, toda vez que esta última quedó derogada por aquella” /Subrayas fuera del texto/.

Por otra parte, uno de los argumentos en los que insiste la parte actora en su recurso de apelación se entrelaza con el principio de favorabilidad en materia pensional, que a su juicio, legitima la aplicación del incremento pensional con el aumento del salario mínimo legal mensual vigente, previsto en la Ley 71 de 1988. En punto a este raciocinio, la Corte Constitucional se pronunció en la Sentencia C-425 de 2017⁴ esbozando:

“ (...) Lo anterior, hasta el punto de que en su demanda no sólo solicita declarar inexecutable el apartado demandado, según el cual las pensiones “se reajustarán anualmente de oficio, el primero de enero de cada año, según la variación porcentual del Índice de Precios al Consumidor, certificado por el DANE para el año inmediatamente anterior”, sino que incluso le pide a la Corte señalar que lo más favorable para el pensionado es “la medición del poder adquisitivo constante de las pensiones por el método de medición de la equivalencia de las pensiones en relación con el Salario Mínimo Legal Vigente”[85], como si este fuese expresamente el mandato constitucional

(...) Por lo tanto, se concluye que además de que la propia Constitución faculta al legislador a decidir, con autonomía política, de qué manera reajustar periódicamente el valor de las pensiones, de tal forma que no hay lugar aquí para la aplicación del principio de favorabilidad en materia laboral del que trata el artículo 53 superior, en todo caso los índices o referencias de actualización a los que acudió el legislador para actualizar las pensiones de forma diferenciada según su valor (IPC y SMLMV) tienen un origen, una explicación y unos propósitos diferentes, al mismo tiempo que se relacionan entre ellos de una forma particular.. (...)

⁴ M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez.

Al mismo tiempo que, se reitera, el constituyente impuso al legislador el deber general de actualizar el monto de las pensiones para que fuesen consistentes con el fenómeno de la pérdida del poder adquisitivo de la moneda, pero no impuso un modelo específico de actualización, motivo por el cual el Congreso cuenta con un amplio margen de configuración para fijar las fórmulas específicas a través de las cuales se materializa este deber genérico, sin que se encuentre obligado a acoger un esquema económico que, a juicio del accionante, resulte más favorable a los intereses de los pensionados entre todos los posibles” /Resaltados del Tribunal/.

Finalmente, es claro que los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio (FNPSM) se hallan excluidos del régimen pensional general previsto en la Ley 100 de 1993 en virtud del expreso mandato del artículo 279 de esa norma⁵, no obstante, este mandato legal debe leerse en armonía con el canon 1 párrafo 4 de la Ley 238 de 2005, que reza:

“ARTÍCULO 1o. Adiciónese al artículo 279 de la Ley 100 de 1993, con el siguiente párrafo: (...)”

“Parágrafo 4. Las excepciones consagradas en el presente artículo no implican negación de los beneficios y derechos determinados en los artículos 14 y 142 de esta ley para los pensionados de los sectores aquí contemplados”. /Resaltado de la Sala/

⁵ “(...) Así mismo, se exceptúa a los afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, creado por la Ley 91 de 1989, cuyas prestaciones a cargo serán compatibles con pensiones o cualquier clase de remuneración. Este Fondo será responsable de la expedición y pago de bonos pensionales en favor de educadores que se retiren del servicio, de conformidad con la reglamentación que para el efecto se expida. (...)” /Subrayado de la Sala/.

Recogiendo los elementos presentes en el marco normativo y jurisprudencial reproducido en las líneas que anteceden, los cuestionamientos vertidos por la parte demandante contra el fallo de primer grado, y con ellas las súplicas de la demanda, no encuentran eco de prosperidad, por diversas razones.

De un lado, la jurisprudencia constitucional justifica el establecimiento de un marco diferencial de protección a las personas que devengan pensiones cuyo valor es equivalente a un (1) salario mínimo mensual, respecto a aquellos pensionados que devengan una mesada superior, como medida positiva encaminada a lograr el mandato de igualdad real y efectiva (art. 13 C.P.). En todo caso, la Corte deja en claro que el salario mínimo y el I.P.C. responden a factores y realidades diferentes, no siempre predecibles, por lo que no puede realizarse un juicio de comparación puro y simple entre ambos.

Adicional a ello, es de suma importancia resaltar que el canon 53 de la Carta, al paso que consagra el mandato de incremento periódico de las pensiones de tal forma que mantengan su poder adquisitivo, no sujeta este postulado a un método específico, dejando en manos del legislador la materialización de este cometido, lo cual precisamente ocurre con el artículo 14 de la Ley 100/93, expedido en uso de la libertad de configuración que sobre el particular le asiste al Congreso de la República.

Justamente, al referirse a dicho texto legal, tanto la Corte Constitucional como el supremo órgano de lo contencioso administrativo son contestes en aludir que el artículo 1 de la Ley 71 de 1988 ha de entenderse derogado por el canon 14 de la Ley 100/93, incluso, respecto a quienes obtuvieron su derecho pensional con anterioridad a aquella disposición, todo ello bajo el entendido de que el porcentaje de incremento o reajuste pensional anual no constituye un derecho adquirido.

Bajo esta óptica, ha de concluirse que si bien los docentes vinculados antes de la vigencia de la Ley 812 de 2003 cuentan con un régimen pensional especial y diferente al general consagrado en la Ley 100 de 1993, de ello no se sigue que al amparo de este régimen puedan acudir a la Ley 71/88 para

obtener un incremento pensional anual diferente al vigente, pues este aspecto no integra el régimen pensional propiamente dicho.

Ante este panorama, tampoco resulta de recibo el argumento relacionado con el principio de favorabilidad, pues existe una disposición expresa sobre la forma en la que proceden los aumentos pensionales, y la existencia de aumentos pensionales con base en el salario mínimo únicamente se justifica en el caso de las pensiones cuyo monto equivale a este salario.

CASO CONCRETO

En virtud de lo expuesto y abordados los pormenores del caso, resulta evidente que la pensión reconocida por el FNPSM a favor de la señora GLORIA MERCEDES JARAMILLO ESTRADA supera con creces el valor del salario mínimo legal mensual vigente (la mesada pensional reconocida equivale a \$ 2'303.006 para 2015) (PDF N° 1 págs. 43-45), por lo que la entidad demandada, al negar el incremento pretendido al tenor del artículo 1 de la Ley 71 de 1988 se ajustó plenamente al ordenamiento jurídico, lo que derivaba en una decisión negativa frente a las pretensiones de la demanda, como en efecto ocurrió.

(II) DESCUENTOS CON DESTINO AL SISTEMA DE SALUD

El principio de solidaridad constituye uno de los pilares del Sistema General de Seguridad Social tanto en salud como en pensiones, y de él se derivan algunas obligaciones de los afiliados, como lo es contribuir a su financiación a través de aportes (art. 48 C.P.). En el mismo sentido se encuentra concebido el servicio de salud en el canon 49 constitucional, soportado en la solidaridad como elemento medular de su prestación.

En relación con los pensionados, la Ley 100 de 1993 los cataloga como afiliados con capacidad de pago, por lo que se encuentran en el régimen contributivo del sistema de salud (art. 175, lit. A, num. 1), incluso, el canon 143 de ese esquema disposicional establece que quienes hayan obtenido el reconocimiento pensional antes de la entrada en vigencia de la norma,

tendrían derecho al reajuste mensual según la tasa de cotización en salud, además, instituye que la obligación de cotizar en salud se halla en cabeza de los pensionados en su totalidad.

Al pronunciarse sobre la obligación de los pensionados de cotizar con destino al sistema de salud, la H. Corte Constitucional⁶ expresó:

“(...) Entonces, incluso los regímenes de excepción tienen el deber de cotizar al Sistema General de Seguridad Social, para la prestación de los servicios médico asistenciales, situación que no varió con la expedición de la Ley 100 de 1993. Esto encuentra respaldo en el principio de solidaridad que caracteriza este sistema. Así en las sentencia C-1000 de 2007, la Corte reiteró la posición de la obligación de cotizar al Sistema, señalada en la C-548 de 1998 y sobre los aportes que deben efectuar los pensionados señaló:

“(...) frente al deber que tienen los pensionados de cotizar en materia de salud, la Corte ha estimado que (i) es un desarrollo natural de los preceptos constitucionales que la ley ordene brindar asistencia médica a los pensionados y que prevea que éstos paguen una cotización para tal efecto, ya que la seguridad social no es gratuita sino que se financia, en parte, con los mismos aportes de los beneficiarios, de conformidad con los principios de eficiencia, solidaridad y universalidad; y (ii) no viola la constitución que el legislador establezca que los pensionados deben cotizar en materia de salud.”

En conclusión todo pensionado debe contribuir a la sostenibilidad y eficiencia del sistema General de Salud, no sólo para recibir los distintos beneficios, sino para financiar el sistema en su conjunto, colaborando con sus aportes a la prestación de la asistencia médica de todas las personas que pertenecen al régimen subsidiado, en desarrollo del principio de

⁶ Sentencia T-835 de 2014.

solidaridad consagrado en la Constitución. (...) /Resalta el Tribunal/”.

En cuanto al monto sobre el cual se deben realizar los aportes en salud, las normas anteriores a la Ley 100 de 1993 contenían porcentajes que regularmente equivalían al 5%, como ocurría en el caso de la Ley 4ª de 1966 para el caso de los pensionados de la extinta CAJA NACIONAL DE PREVISIÓN SOCIAL - CAJANAL. En el mismo sentido, el Decreto 3135 de 1968 dispuso:

"A los pensionados por invalidez, jubilación y retiro por vejez se les prestará por la entidad que les pague la pensión, asistencia médica, farmacéutica, quirúrgica y hospitalaria. Para este efecto el pensionado cotizará mensualmente un cinco por ciento (5%) de su pensión".

En el caso de los educadores, la Ley 91 de 1989, creó el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, que tiene como uno de sus objetivos garantizar la prestación de los servicios médico-asistenciales de los profesores, y en el artículo 8 de la citada ley se establece que esta cuenta se haya constituida, entre otros, por *‘El 5% de cada mesada pensional que pague el Fondo incluidas las mesadas adicionales, como aporte de los pensionados’*.

Sin embargo, el porcentaje fue modificado con posterioridad con la expedición de la Ley 812 de 2003, que introdujo modificaciones sustanciales al régimen pensional docente. En el artículo 81 esta norma prescribe:

“ARTÍCULO 81. RÉGIMEN PRESTACIONAL DE LOS DOCENTES OFICIALES. El régimen prestacional de los docentes nacionales, nacionalizados y territoriales, que se encuentren vinculados al servicio público educativo oficial, es el establecido para el Magisterio en las disposiciones vigentes con anterioridad a la entrada en vigencia de la presente ley.

Los docentes que se vinculen a partir de la entrada en vigencia de la presente ley, serán afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y tendrán los derechos pensionales del régimen pensional de prima

media establecido en las Leyes 100 de 1993 y 797 de 2003, con los requisitos previstos en él, con excepción de la edad de pensión de vejez que será de 57 años para hombres y mujeres.

Los servicios de salud para los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, serán prestados de conformidad con la Ley 91 de 1989, las prestaciones correspondientes a riesgos profesionales serán las que hoy tiene establecido el Fondo para tales efectos.

El valor total de la tasa de cotización por los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio corresponderá a la suma de aportes que para salud y pensiones establezcan las Leyes 100 de 1993 y 797 de 2003, manteniendo la misma distribución que exista para empleadores y trabajadores. La distribución del monto de estos recursos la hará el Consejo Directivo del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, en lo correspondiente a las cuentas de salud y pensiones” /Subraya el Tribunal/.

En atención a la remisión normativa de que trata el canon citado, la Ley 100 de 1993 consagra el monto de las cotizaciones con destino al sistema de salud a cargo de los afiliados en el artículo 204, por cuyo ministerio:

“(…) La cotización obligatoria que se aplica a los afiliados al sistema general de seguridad social en salud según las normas del presente régimen, será máximo del 12% del salario base de cotización, el cual no podrá ser inferior al salario mínimo. Dos terceras partes de la cotización estarán a cargo del empleador y una tercera parte a cargo del trabajador. Un punto de la cotización será trasladado al fondo de solidaridad y garantía para contribuir a la financiación de los beneficiarios del régimen subsidiado” /Resalta la Sala/.

Debe anotarse que esta preceptiva fue objeto de dos (2) modificaciones relacionadas con el valor o monto de las cotizaciones al sistema de salud, de la siguiente manera:

(i) Mediante la Ley 1122 de 2007, artículo 10, la cotización al régimen contributivo en salud a partir del 1º de enero de 2007 pasó a ser *‘del 12,5% del ingreso o salario base de cotización, el cual no podrá ser inferior al salario mínimo. La cotización a cargo del empleador será del 8.5% y a cargo del empleado del 4%. Uno punto cinco (1,5) de la cotización serán trasladados a la subcuenta de Solidaridad del Fosyga para contribuir a la financiación de los beneficiarios del régimen subsidiado’.*

(ii) Luego, la Ley 1250 de 2008 adicionó el canon 204 de la Ley 100/93 al prescribir que *‘La cotización mensual al régimen contributivo de salud de los pensionados será del 12% del ingreso de la respectiva mesada pensional’.*

De igual manera, el deber de cotizar al sistema de salud en cabeza de los pensionados del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio (FNPSM), así como el monto de los aportes, fue objeto de pronunciamiento por el H. Consejo de Estado⁷, que en reciente oportunidad puntualizó lo siguiente:

“Del análisis de la normatividad referida [artículos 2 de la Ley 4 de 1966 y 8.5 de la Ley 91 de 1989 que tratan del descuento del 5% para el Fondo incluidas las mesadas adicionales], se evidencia que el legislador, sentó para todos los afiliados a la Caja Nacional forzosos y voluntarios e incluidos los pensionados la obligación de cotizar para salud, deber que también opera para los afiliados al Fondo de Prestaciones Sociales. Actualmente, con el sistema de seguridad social integral previsto en la Ley 100 de 1993, del cual

⁷ Consejo de Estado- Sala de lo Contencioso Administrativo- Sección Segunda -Subsección B- Consejero ponente: César Palomino Cortés-, diez (10) de mayo de dos mil dieciocho (2018) - Radicación número: 68001-23-31-000-2010-00624-01(0340-14)

hace parte el subsistema de seguridad social en salud, una de las obligaciones de los afiliados es justamente efectuar las cotizaciones. (Artículo 161 Ley 100 de 1993). Lo propio hizo el artículo 8° de la Ley 91 de 1989, respecto del personal afiliado al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, que incluye también a los pensionados. (Pensión ordinaria) (...)

6.2. Afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio

Ley 91 de 1989 artículo 8-5	5%
Ley 812 de 2003, 8, artículo 81	El valor total de la tasa de cotización por los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio corresponderá a la suma de aportes que para salud y pensiones establezcan las Leyes 100 de 1993 y 797 de 2003, manteniendo la misma distribución que exista para empleadores y trabajadores. La distribución del monto de estos recursos la hará el Consejo Directivo del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, en lo correspondiente a las cuentas de salud y pensiones.

Así las cosas, la cotización para salud del sistema general de los docentes afiliados al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, es el mismo porcentaje del régimen general (...)”
/Subrayado del Tribunal/.

⁸ Corte Constitucional. Sentencia C-529 de 23 de junio de 2010

A voces de las normas parcialmente reproducidas, el ordenamiento constitucional atribuye a los afiliados al Sistema General de Seguridad Social - *entre ellos los pensionados*- el deber de materializar el principio de solidaridad a través de los aportes o cotizaciones destinados a generar su viabilidad financiera. Así mismo, aun cuando la Ley 91 de 1989 originalmente previó un porcentaje del 5% como monto de la cotización, este asciende en la actualidad al 12%, en virtud de la modificación introducida por la Ley 812 de 2003, que remite a los mandatos de orden pensional general.

Finalmente, en lo que atañe a los descuentos sobre mesadas adicionales, estos se hallan previstos en la Ley 91/89, según la cual el FNPSM se halla constituido, entre otros recursos, por *‘El 5% de cada mesada pensional que pague el Fondo incluidas las mesadas adicionales, como aporte de los pensionados’*, disposición que goza de plena vigencia en la medida que no ha sido objeto de derogatoria, bien sea tácita o expresa.

En este sentido, aun cuando la Ley 100 de 1993 no contempla la realización de descuentos sobre las mesadas adicionales, la Ley 91 de 1989 -*régimen especial para los docentes afiliados al FNPSM*- sí contiene dicha obligación, por lo que la extensión del régimen de cotizaciones de la Ley 100/93 a los profesores ha de entenderse exclusivamente ceñida al aumento del monto de la cotización (del 5% al 12%), y no conlleva la derogatoria del canon 8 de la Ley 91/89, en cuanto prescribe que tales mesadas serán objeto de aportes con destino al sistema de salud.

Finalmente, el Tribunal trae a colación los planteamientos esbozados por el H. Consejo de Estado⁹ al abordar las pretensiones de devolución de aportes realizados sobre las mesadas adicionales de un pensionado afiliado al FNPSM:

“(…) A partir de lo anterior, esta Sala advierte, en síntesis, que el tribunal, señaló que aunque la Ley 812 de 2003 gobierna el monto de las cotizaciones a salud de los pensionados afiliados al Fondo Nacional de

⁹ Sentencia de 14 de septiembre de 2017.

Prestaciones Sociales del Magisterio, es necesario remitirse a la Ley 91 de 1989, en lo que toca con la posibilidad de efectuar dichos descuentos sobre las mesadas adicionales.

En ese sentido, consideró viable el descuento por salud sobre la mesada catorce percibida por la accionante, por cuanto, aunque las Leyes 42 de 1982 y 43 de 1984, prohibían descuento alguno sobre las mesadas adicionales, en su criterio, estas normas fueron derogadas tácitamente por la Ley 91 de 1989, por haber sido expedida de forma posterior, la cual, contempló dichos descuentos sobre las mesadas adicionales, inclusive.

En esta perspectiva, advierte la Sala que el análisis normativo efectuado por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca es razonable, toda vez que se sustentó en la vigencia de las normas relevantes al asunto puesto en consideración, por lo que no es posible colegir que la providencia judicial cuestionada constituya un error sustantivo.” /Subraya el Tribunal/.

Por modo, aun cuando los descuentos sobre las mesadas adicionales no se encuentren previstos de manera explícita en la Ley 812 de 2003, la Sala es del criterio que dicha obligación no ha cesado, pues en atención al principio de solidaridad que informa todo el Sistema de Seguridad Social, los descuentos por este concepto se avienen al ordenamiento jurídico.

En conclusión, el acto demandado se ajusta a la legalidad en tanto dispone realizar los descuentos previstos expresamente en la Ley 91 de 1989 sobre las mesadas adicionales de los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, obligación que les asiste a los educadores por disposición de la norma en mención, y que no ha de entenderse suprimida, cesada o derogada por el hecho de que la Ley 812 de 2003 no haya reproducido de manera expresa dicho contenido.

Por ende, se confirmará la sentencia de primer grado.

COSTAS.

Se condenará en costas a la apelante, en virtud del supuesto previsto en el numeral 3 del artículo 365 del Código General del Proceso.

Como agencias en derecho en esta instancia se fija la suma de un (1) s.m.m.l.v, en virtud de lo dispuesto en el Acuerdo PSAA16-10554 de 5 de agosto de 2016, artículo 5°.

Por lo discurrido, el **Tribunal Administrativo de Caldas, SALA 4ª DE DECISIÓN ORAL**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

FALLA

CONFÍRMASE la sentencia emanada del Juzgado 2° Administrativo de Manizales, con la cual negó las pretensiones formuladas por la señora **GLORIA MERCEDES JARAMILLO ESTRADA** dentro del contencioso de **NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO** promovido contra la **NACIÓN-MINISTERIO DE EDUCACIÓN-FNPSM**.

COSTAS en esta instancia a cargo de la parte demandante y a favor de la entidad demandada. Como agencias en derecho en esta instancia se fija la suma de un (1) s.m.m.l.v, en virtud de lo dispuesto en el Acuerdo PSAA16-10554 de 5 de agosto de 2016, artículo 5°.

Ejecutoriada esta providencia, **DEVUÉLVASE** el expediente al Juzgado de origen, previas las anotaciones del caso en el Programa Justicia Siglo XXI.

NOTIFÍQUESE conforme lo dispone el artículo 203 del C/CA.

Providencia discutida y aprobada en Sala de Decisión celebrada en la fecha,
según consta en Acta N° 041 de 2021.

NOTIFÍQUESE



AUGUSTO MORALES VALENCIA
Magistrado



AUGUSTO RAMÓN CHÁVEZ MARÍN
Magistrado



PUBLIO MARTÍN ANDRÉS PATIÑO MEJÍA
Magistrado

REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS
SALA UNITARIA DE DECISIÓN

MAGISTRADO SUSTANCIADOR: DOHOR EDWIN VARÓN VIVAS

Manizales, veinte (20) de septiembre de dos mil veintiuno (2021).

A.I. 154

Radicado: 17-001-23-33-000-2019-00119-00
Naturaleza: Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Demandantes: Oscar Iván Gutiérrez Franco y otro
Demandados: Dian

I. ANTECEDENTES

La parte demandada apeló el fallo de primera instancia que se emitió el 16 de julio de 2021.

II. CONSIDERACIONES

El artículo 243 del CPACA dispone que: “Son apelables las sentencias de primera instancia de los Tribunales y de los Jueces (...)”. En cuanto al trámite del recurso de apelación, los ordinales 1 y 2 del artículo 247 ibidem (modificado por el artículo 67 de la Ley 2080 de 2021), señala:

“Artículo 247. Trámite del recurso de apelación contra sentencias. El recurso de apelación contra las sentencias proferidas en primera instancia se tramitará de acuerdo con el siguiente procedimiento:

- 1. El recurso deberá interponerse y sustentarse ante la autoridad que profirió la providencia, dentro de los diez (10) días siguientes a su notificación.*
- 2. Cuando el fallo de primera instancia sea de carácter condenatorio, total o parcialmente, y contra este se interponga el recurso de apelación, el juez o magistrado ponente citará a audiencia de conciliación que deberá celebrarse antes de resolverse sobre la concesión del recurso, siempre y cuando las partes de común acuerdo soliciten su realización y propongan fórmula conciliatoria. (...)”*(Subrayas fuera de texto)

De conformidad con lo anterior, se tiene que el término para la interposición del recurso de apelación contra la sentencia, transcurrió entre el 23 de julio¹ y el 05 de agosto de 2021; que la parte demandada presentó el recurso de apelación el 5 de agosto de 2021, esto es de forma oportuna.

¹ Día siguiente a su notificación por estado electrónico.

Por lo tanto será concedido el recurso de apelación formulado sin que sea necesario citar a audiencia de conciliación.

Por lo expuesto, el Tribunal Administrativo de Caldas,

RESUELVE:

Primero: Conceder el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada en el presente asunto.

Segundo: En firme la presente providencia **remitir** el expediente al H. Consejo de Estado para lo de su competencia.

Notificar



DOHOR EDWIN VARÓN VIVAS
MAGISTRADO

17-001-23-33-000-2019-00407-00

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO

DE CALDAS

SALA 4ª UNITARIA DE DECISIÓN ORAL

Magistrado: AUGUSTO MORALES VALENCIA

Manizales, veinte (20) de SEPTIEMBRE dos mil veintiuno (2021)

A.I. 284

Con fundamento en los artículos 37 de la Ley 472 de 1998 y 322 del Código General del Proceso, por su oportunidad y procedencia, **CONCÉDENSE** en el efecto suspensivo los recursos de apelación interpuestos por la **EMPRESA DE RENOVACIÓN URBANA DE MANIZALES -ERUM** y el **MUNICIPIO DE MANIZALES**, contra la sentencia dictada por esta corporación dentro del proceso de **ACCIÓN POPULAR** promovido por el señor **MIGUEL ARTURO PINILLA CARDONA** contra las apelantes, la **CORPORACIÓN AUTÓNOMA REGIONAL DE CALDAS - CORPOCALDAS**, y como vinculadas **ENTERRITORIO**, el **MINISTERIO DE VIVIENDA, CIUDAD Y TERRITORIO, FONVIVIENDA** y la **EMPRESA DE RENOVACIÓN URBANA DE MANIZALES -ERUM**.

En firme esta providencia, **REMÍTASE** el expediente al H. Consejo de Estado para que allí se provea lo de ley.

NOTIFÍQUESE

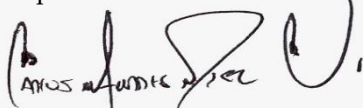
A handwritten signature in blue ink, consisting of a large circular loop followed by several vertical and diagonal strokes, representing the name Augusto Morales Valencia.

AUGUSTO MORALES VALENCIA

Magistrado Ponente

CONSTANCIA SECRETARIAL: A Despacho del señor Magistrado el presente medio de control informándole que ingresó por reparto el presente proceso; está pendiente de resolver sobre la admisión del recurso de apelación interpuesto contra la sentencia de primera instancia.

Septiembre 17 de 2021



CARLOS ANDRÉS DIEZ VARGAS

Secretario

Auto de Sustanciación:	165-2021
Asunto:	Segunda instancia
Naturaleza:	Nulidad y Restablecimiento del Derecho.
Radicación:	17-001-33-39-006-2019-00439-02
Demandante:	Juliana Salazar Londoño
Demandado:	Nación – Rama Judicial – Dirección Ejecutiva de Administración Judicial.

REPÚBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS

Manizales, veinte (20) de septiembre de dos mil veintiuno (2021).

El Juzgado Sexto Administrativo del Circuito de Manizales, profirió sentencia en providencia del 25 de marzo de 2021.

La anterior providencia fue notificada a las partes el 07 de mayo de 2021.

La parte **DEMANDADA** presentó recurso de apelación el 18 de mayo de 2021, en consecuencia, por reunir los requisitos legales y de conformidad con lo establecido en el numeral 3 del artículo 247 del CPACA (modificado por el art. 67 de la Ley 2080 de 2021), se admite el recurso de apelación.

Notifíquese personalmente al señor Agente del Ministerio Público y por estado a las partes.

Notifíquese y Cúmplase



DOHOR EDWIN VARÓN VIVAS

Magistrado

17-001-23-33-000-2020-00321-00

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO

DE CALDAS

SALA 4ª UNITARIA DE DECISIÓN ORAL

Magistrado Ponente: AUGUSTO MORALES VALENCIA

Manizales, veinte (20) de SEPTIEMBRE dos mil veintiuno (2021)

A.I. 284

Procede la Sala Unitaria a pronunciarse sobre la solicitud de embargo y secuestro de sumas de dinero de propiedad de la parte accionada, solicitada con la demanda **EJECUTIVA A CONTINUACIÓN DE SENTENCIA** que promueve la **INDUSTRIA LICORERA DE CALDAS -ILC** contra el señor **JORGE EDUARDO ARANGO VÉLEZ**.

ANTECEDENTES

LA DEMANDA

Con el libelo obrante en el documento N°2 del expediente digital, solicita la parte actora se libre mandamiento de pago contra el accionado por la suma de **NUEVE MILLONES DOSCIENTOS CUATRO MIL NOVENTA Y NUEVE PESOS M/CTE (\$ 9'204.099)**, así como los intereses de mora generados desde el momento en el que dicha entidad pagó la condena proferida en sede judicial.

Como fundamento de su pretensión de ejecución, refiere que el 26 de noviembre de 2015, el Consejo de Estado profirió sentencia de segunda instancia en el proceso de reparación directa promovido por la señora **ANA GISELLE SALAZAR QUESADA** contra esa empresa, en la cual declaró la responsabilidad de la ILC por el uso no consentido de su imagen en una publicidad de licores; en la misma sentencia, anota, fue condenado el señor **ARANGO VÉLEZ** a cancelar a favor de la ILC el 50% del valor de la condena que aquella tuviera que pagar en favor de la parte actora.

Plantea que el 22 de julio de 2016 la ILC canceló la totalidad de la condena impuesta por la jurisdicción de lo contencioso administrativo, sin que a la fecha de presentación de la demanda, el accionado haya reembolsado el porcentaje de la condena que legalmente le corresponde.

LA SOLICITUD DE MEDIDA CAUTELAR

En escrito aparte de la demanda, impetra la INDUSTRIA LICORERA DE CALDAS que se disponga el embargo y retención de sumas de dinero de propiedad del accionado en los bancos DAVIVIENDA, BBVA y BANCOLOMBIA, con el fin de que el mandamiento de pago no tenga efectos ilusorios (PDF N° 2 pág.7).

EL MANDAMIENTO EJECUTIVO

De manera paralela a este proveído y luego de revisar la liquidación presentada por la parte actora, el Tribunal libró mandamiento de pago, en contra el demandado, por las siguientes sumas de dinero:

- ❖ NUEVE MILLONES DOSCIENTOS CUATRO MIL NOVENTA Y NUEVE PESOS (9'204.099) por concepto de capital.
- ❖ ONCE MILLONES OCHOCIENTOS TREINTA MIL SETECIENTOS NOVENTA Y CUATRO PESOS (11'830.794) por intereses de mora, liquidados desde la fecha del pago.

CONSIDERACIONES DE LA SALA UNITARIA

Impetra la parte demandante se decrete el embargo y secuestro de las sumas de dinero de propiedad de la parte accionada, con el fin de garantizar el pago de los valores por los cuales ha demandado por vía ejecutiva.

El artículo 599 del estatuto adjetivo general regula las medidas cautelares de embargo y secuestro en los procesos ejecutivos:

“Desde la presentación de la demanda el ejecutante podrá solicitar el embargo y secuestro de bienes del ejecutado. Cuando se ejecute por obligaciones de una persona fallecida, antes de liquidarse la sucesión, sólo podrán embargarse y secuestrarse bienes del causante.

El juez, al decretar los embargos y secuestros, podrá limitarlos a lo necesario; el valor de los bienes no podrá exceder del doble del crédito cobrado, sus intereses y las costas prudencialmente calculadas, salvo que se trate de un solo bien o de bienes afectados por hipoteca o prenda que garanticen aquel crédito, o cuando la división disminuya su valor o su venalidad.

En el momento de practicar el secuestro el juez deberá de oficio limitarlo en la forma indicada en el inciso anterior, si el valor de los bienes excede ostensiblemente del límite mencionado, o aparece de las facturas de compra, libros de contabilidad, certificados de catastro o recibos de pago de impuesto predial, o de otros documentos oficiales, siempre que se le exhiban tales pruebas en la diligencia.

En los procesos ejecutivos, el ejecutado que proponga excepciones de mérito o el tercer afectado con la medida cautelar, podrán solicitarle al juez que ordene al ejecutante prestar caución hasta por el diez por ciento (10%) del valor actual de la ejecución para responder por los perjuicios que se causen con su práctica, so pena de levantamiento. La caución deberá prestarse dentro de los quince (15) días siguientes a la notificación del auto que la ordene. Contra la providencia anterior, no procede recurso de apelación. Para establecer el monto de la caución, el juez deberá tener en cuenta la clase de bienes sobre los que recae la medida cautelar practicada y la apariencia de buen derecho de las excepciones de mérito.

La caución a que se refiere el artículo anterior, no procede cuando el ejecutante sea una entidad financiera o vigilada por la Superintendencia Financiera de Colombia o una entidad de derecho público.

Cuando se trate de caución expedida por compañía de seguros, su efectividad podrá reclamarse también por el asegurado o beneficiario directamente ante la aseguradora, de acuerdo con las normas del Código de Comercio.

PARÁGRAFO. El ejecutado podrá solicitar que de la relación de bienes de su propiedad e ingresos, el juez ordene el embargo y secuestro de los que señale con el fin de evitar que se embarguen otros, salvo cuando el embargo se funde en garantía real. El juez, previo traslado al ejecutante por dos (2) días, accederá a la solicitud siempre que sean suficientes, con sujeción a los criterios establecidos en los dos incisos anteriores.”.

En ese orden, el Despacho halla satisfechos los postulados básicos que legitiman el decreto de la medida cautelar en la forma pedida por la INDUSTRIA LICORERA DE CALDAS -ILC, toda vez que la ley permite el embargo de sumas de propiedad del deudor que se hallen en entidades del sector financiero (que no se encuentran dentro de las excepciones del canon 594 de la misma obra), además, se halla suficientemente acreditada la existencia de la obligación a cargo del señor ARANGO VÉLEZ, conforme se dilucidó en el auto con el cual se profirió orden de pago.

Por ende, se accederá a la petición de embargo de las sumas de dinero que el demandado tenga en cuentas corrientes, de ahorros u otros productos financieros en las instituciones bancarias señaladas en la solicitud, para lo cual, por la Secretaría, se librárá comunicación a los bancos BANCOLOMBIA, DAVIVIENDA, y BBVA, para que en el término de 3 días siguientes al recibo del correspondiente oficio, se sirvan constituir certificado del depósito y ponerlo a disposición del Tribunal.

Teniendo en cuenta que la prescripción normativa reproducida, la suma embargada no podrá exceder el total de aquella por la cual se libró mandamiento ejecutivo, esto es, VEINTIÚN MILLONES TREINTA Y CUATRO MIL OCHOCIENTOS NOVENTA Y TRES PESOS (21'034.893), y no hay lugar a ordenar que se preste caución, pues la ejecutante es una entidad de derecho público.

LEVANTAMIENTO DE LA MEDIDA CAUTELAR

Finalmente, el ejecutado podrá impetrar el levantamiento de la medida en caso de que preste caución que garantice el pago de la suma por la cual se libró mandamiento ejecutivo y las costas (art. 597 num 3. *Ídem*).

Es por lo expuesto que la SALA 4ª UNITARIA DE DECISIÓN ORAL,

RESUELVE

DECRÉTASE la medida cautelar de embargo de las sumas de dinero de propiedad del señor JORGE EDUARDO ARANGO VÉLEZ, que se encuentren en cuentas de ahorros, corriente o cualquier producto financiero en los bancos BANCOLOMBIA, DAVIVIENDA y BBVA, medida que no podrá exceder la suma de VEINTIUN MILLONES TREINTA Y CUATRO MIL OCHOCIENTOS NOVENTA Y TRES PESOS (21'034.893).

Por la Secretaría, **LÍBRESE** la correspondiente comunicación a las entidades bancarias, para que en el término de tres (3) días siguientes al recibo del correspondiente oficio, se sirvan constituir certificado del depósito y ponerlo a disposición del Tribunal.

La parte demandada podrá pedir el levantamiento de la medida en caso de prestar caución que garantice el pago de la suma por la cual se libró mandamiento ejecutivo y las costas (art. 597 num 3. CGP).

Se advierte que el único buzón electrónico habilitado para la recepción de documentación es “sgtadmincl@notificacionesrj.gov.co” Cualquier documento enviado a otra dirección de correo, se tendrá por no presentado.

NOTIFÍQUESE



AUGUSTO MORALES VALENCIA
Magistrado Ponente

17-001-23-33-000-2020-00321-00

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO

DE CALDAS

SALA 4ª UNITARIA DE DECISIÓN ORAL

Magistrado Ponente: AUGUSTO MORALES VALENCIA

Manizales, veinte (20) de SEPTIEMBRE dos mil veintiuno (2021)

A.I. 283

Se pronuncia la Sala Unitaria sobre la demanda **EJECUTIVA** presentada **A CONTINUACIÓN DE SENTENCIA**, por la **INDUSTRIA LICORERA DE CALDAS** contra el señor **JORGE EDUARDO ARANGO VÉLEZ**.

LA DEMANDA EJECUTIVA

Con el libelo obrante en el documento N°2 del expediente digital, solicita la parte actora se libre mandamiento de pago contra el accionado por la suma de **NUEVE MILLONES DOSCIENTOS CUATRO MIL NOVENTA Y NUEVE PESOS M/CTE (\$ 9'204.099)**, así como los intereses de mora generados desde el momento en el que dicha entidad pagó la condena proferida en sede judicial.

Como fundamento de su pretensión de ejecución, refiere que el 26 de noviembre de 2015, el Consejo de Estado profirió sentencia de segunda instancia en el proceso de reparación directa promovido por la señora **ANA GISELLE SALAZAR QUESADA** contra esa empresa, en la cual declaró la responsabilidad de la ILC por el uso no consentido de su imagen en una publicidad de licores; en la misma sentencia, anota, fue condenado el señor **ARANGO VÉLEZ** a cancelar a favor de la ILC el 50% del valor de la condena que aquella tuviera que pagar en favor de la parte actora.

Plantea que el 22 de julio de 2016 la ILC canceló la totalidad de la condena impuesta por la jurisdicción de lo contencioso administrativo, sin que a la fecha de presentación de la demanda ejecutiva, el accionado haya reembolsado el porcentaje de la condena que legalmente le corresponde.

CONSIDERACIONES

DE LA

SALA UNITARIA

La atención de este órgano judicial se contrae a determinar si es o no procedente librar mandamiento ejecutivo contra el señor JORGE EDUARDO ARANGO VÉLEZ y a favor de la INDUSTRIA LICORERA DE CALDAS -ILC.

El artículo 297 de la Ley 1437 de 2011 establece que, para los efectos de ese código, constituyen título ejecutivo *‘1. Las sentencias debidamente ejecutoriadas proferidas por la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, mediante las cuales se condene a una entidad pública al pago de sumas dinerarias’*.

Si bien una primera lectura del artículo en mención sugeriría que solo constituyen título ejecutivo las sentencias que imponen una condena a una entidad pública y no así aquellas que consagran obligaciones en cabeza de particulares, este aspecto se dilucida con el concepto de título ejecutivo que consagra el canon 422 del Código General del Proceso, por cuyo ministerio:

“Pueden demandarse ejecutivamente las obligaciones expresas, claras y exigibles que consten en documentos que provengan del deudor o de su causante, y constituyan plena prueba contra él, o las que emanen de una sentencia de condena proferida por juez o tribunal de cualquier jurisdicción, o de otra providencia judicial, o de las providencias que en procesos de policía aprueben liquidación de costas o señalen honorarios de auxiliares de la justicia, y los demás documentos que señale la ley. La confesión hecha en el curso de un proceso no constituye título ejecutivo, pero sí la que conste en el interrogatorio previsto en el artículo 184” /Resalta el Tribunal/.

De otro lado, el H. Consejo de Estado - Sección 3ª, con ponencia del Magistrado, Dr. Carlos Alberto Zambrano Barrera, refiriéndose a las condiciones esenciales de los títulos ejecutivos, expresó que,

“(…) Esta Sección (alude a los autos de 4 de mayo de 2002 y 30 de marzo de 2006, expedientes 15.679 y 30.086, en su orden) ha señalado que los títulos ejecutivos deben gozar de ciertas condiciones esenciales, unas formales y

otras sustantivas. Las primeras (las formales, anota este Tribunal) se refieren a que los documentos que dan cuenta de la existencia de la obligación, sean auténticos y emanen del deudor o de su causante, de una sentencia de condena proferida por el juez o tribunal de cualquier jurisdicción, o de otra providencia judicial que tenga fuerza ejecutiva, de conformidad con la ley.

Las condiciones sustanciales se traducen en que las obligaciones que se acrediten en favor del ejecutante o de su causante y a cargo del ejecutado o de su causante, sean claras, expresas y exigibles”.

En el caso que ocupa la atención del Tribunal, el título ejecutivo se encuentra constituido por la sentencia dictada el 26 de noviembre de 2015 por el H. Consejo de Estado - Sección Tercera, dentro del proceso de reparación directa con radicado 2014-01014-00, en el que fungió como demandante la señora ANA GISELLE SALAZAR QUESADA, y como demandada la INDUSTRIA LICORERA DE CALDAS, en la cual ese órgano decidió, en sede de segunda instancia, modificar el fallo de primer grado proferido por esta corporación judicial, quedando del siguiente tenor literal:

“(…) PRIMERO: DECLÁRASE administrativamente responsable a la INDUSTRIA LICORERA DE CALDAS, por los perjuicios causados como consecuencia de la utilización no consentida de la imagen de la ciudadana ANA GISELLE SALAZAR QUESADA.

SEGUNDO: En consecuencia de lo anterior; CONDÉNASE a la INDUSTRIA LICORERA DE CALDAS, a pagar por concepto de PERJUICIOS MORALES para la señora ANA GISELLE SALAZAR QUESADA la suma equivalente a veinticinco (25) salarios mínimos legales mensuales liquidados a la fecha de ejecutoria de la sentencia de segunda instancia (...)

QUINTO: CONDENASE al llamado en garantía JORGE EDUARDO ARANGO VELEZ a pagar a la INDUSTRIA LICORERA DE CALDAS el cincuenta por ciento de la suma a la que la empresa fue condenada, conforme lo expuesto en este proveído.”.

De acuerdo con lo expuesto, la Sala Unitaria se encuentra frente a una obligación que cumple con los parámetros del artículo 422 de la Ley 1564 de 2012 y las pautas trazadas por el Consejo de Estado en cuanto a los requisitos del documento base de la ejecución, pues la obligación reclamada reviste las siguientes características:

- (i) **Es clara**, atendiendo a que el contenido de la condena impuesta es diáfano, esto es, se entiende en un solo sentido.
- (ii) **Es expresa**, en tanto emana de la redacción misma y documento contentivo de la providencia que le sirve de base.
- (iii) **Es exigible**, por no hallarse sometida a plazo o condición diferente de los términos de ley, específicamente el previsto en el artículo 192 inc. 2º de la Ley 1437 de 2011 (10 meses a partir de la ejecutoria de la sentencia), lapso que en el *sub lite* se halla superado.

Dentro de los documentos anexos de la demanda, la ejecutante allegó el comprobante de transferencia electrónica por valor de \$ 18'408.198, efectuada el 22 de julio de 2016 a favor de la accionante ANA GISELLE QUESADA SALAZAR, por lo que de acuerdo con la providencia judicial que sirve de base a la demanda ejecutiva, el Tribunal halla mérito para librar mandamiento de pago en los términos que allí se indican, esto es, por el 50% de dicho guarismo, que equivale a \$ 9'204.099, que es la suma deprecada por la empresa demandante.

En cuanto a los intereses causados sobre dicha suma desde el momento del pago, el Tribunal efectúa la siguiente liquidación:

Año	Mes	Días	Interés Corriente	Interés moratorio	Interés nominal	Interés Mes	Interés acumulado
2016	Julio	8	21,34	32,01	2,34%	57.463	57.463
2016	Agosto	30	21,34	32,01	2,34%	215.488	272.951
2016	Septiembre	30	21,34	32,01	2,34%	215.488	488.439
2016	Octubre	30	21,99	32,99	2,40%	221.266	709.705
2016	Noviembre	30	21,99	32,99	2,40%	221.266	930.971
2016	Diciembre	30	21,99	32,99	2,40%	221.266	1.152.236
2017	Enero	30	22,34	33,51	2,44%	224.361	1.376.597
2017	Febrero	30	22,34	33,51	2,44%	224.361	1.600.958
2017	Marzo	30	22,34	33,51	2,44%	224.361	1.825.319

2017	Abril	30	22,33	33,50	2,44%	224.273	2.049.592
2017	Mayo	30	22,33	33,50	2,44%	224.273	2.273.865
2017	Junio	30	22,33	33,50	2,44%	224.273	2.498.138
2017	Julio	30	21,98	32,97	2,40%	221.177	2.719.315
2017	Agosto	30	21,98	32,97	2,40%	221.177	2.940.492
2017	Septiembre	30	21,98	32,97	2,40%	221.177	3.161.669
2017	Octubre	30	21,15	31,73	2,32%	213.791	3.375.461
2017	Noviembre	30	20,96	31,44	2,30%	212.092	3.587.553
2017	Diciembre	30	20,77	31,16	2,29%	210.389	3.797.941
2018	Enero	30	20,69	31,04	2,28%	209.670	4.007.611
2018	Febrero	30	21,01	31,52	2,31%	212.539	4.220.151
2018	Marzo	30	20,68	31,02	2,28%	209.581	4.429.731
2018	Abril	30	20,48	30,72	2,26%	207.783	4.637.514
2018	Mayo	30	20,44	30,66	2,25%	207.422	4.844.936
2018	Junio	30	20,28	30,42	2,24%	205.981	5.050.917
2018	Julio	30	20,03	30,05	2,21%	203.723	5.254.640
2018	Agosto	30	19,94	29,91	2,20%	202.909	5.457.548
2018	Septiembre	30	19,81	29,72	2,19%	201.731	5.659.280
2018	Octubre	30	19,63	29,45	2,17%	200.098	5.859.378
2018	Noviembre	30	19,49	29,24	2,16%	198.826	6.058.203
2018	Diciembre	30	19,40	29,10	2,15%	198.007	6.256.210
2019	Enero	30	19,16	28,74	2,13%	195.819	6.452.029
2019	Febrero	30	19,70	29,55	2,18%	200.734	6.652.763
2019	Marzo	30	19,37	29,06	2,15%	197.734	6.850.497
2019	Abril	30	19,32	28,98	2,14%	197.278	7.047.775
2019	Mayo	30	19,34	29,01	2,15%	197.460	7.245.235
2019	Junio	30	19,30	28,95	2,14%	197.096	7.442.331
2019	Julio	30	19,28	28,92	2,14%	196.914	7.639.245
2019	Agosto	30	19,32	28,98	2,14%	197.278	7.836.523
2019	Septiembre	30	19,32	28,98	2,14%	197.278	8.033.801
2019	Octubre	30	19,10	28,65	2,12%	195.271	8.229.073
2019	Noviembre	30	19,03	28,55	2,11%	194.632	8.423.705
2019	Diciembre	30	18,91	28,37	2,10%	193.534	8.617.239
2020	Enero	30	18,77	28,16	2,09%	192.252	8.809.491
2020	Febrero	30	19,06	28,59	2,12%	194.906	9.004.397
2020	Marzo	30	18,95	28,43	2,11%	193.900	9.198.298
2020	Abril	30	18,69	28,04	2,08%	191.519	9.389.817
2020	Mayo	30	18,19	27,29	2,03%	186.920	9.576.737
2020	Junio	30	18,12	27,18	2,02%	186.274	9.763.011
2020	Julio	30	18,12	27,18	2,02%	186.274	9.949.285
2020	Agosto	30	18,29	27,44	2,04%	187.842	10.137.126

2020	Septiembre	30	18,35	27,53	2,05%	188.394	10.325.521
2020	Octubre	30	18,09	27,14	2,02%	185.997	10.511.518
2020	Noviembre	30	17,84	26,76	2,00%	183.686	10.695.204
2020	Diciembre	30	17,46	26,19	1,96%	180.161	10.875.365
2021	Enero	30	17,32	25,98	1,94%	178.858	11.054.223
2021	Febrero	30	17,54	26,31	1,97%	180.904	11.235.128
2021	Marzo	30	17,41	26,12	1,95%	179.696	11.414.823
2021	Abril	30	17,31	25,97	1,94%	178.765	11.593.589
2021	Mayo	30	17,22	25,83	1,93%	177.927	11.771.516
2021	Junio	10	17,21	25,82	1,93%	59.278	11.830.794

Lo cual arroja las siguientes sumas:

Capital	9' 204.099
Intereses	11' 830.794
Total	21' 034.893

El artículo 430 del Código General del Proceso establece que, “*Presentada la demanda acompañada de documento que preste mérito ejecutivo, el juez librará mandamiento ordenando al demandado que cumpla la obligación en la forma pedida, si fuere procedente, o en la que aquel considere legal*”, por lo que en el sub lite, encuentra mérito la Sala Unitaria para proferir orden de pago por las sumas impetradas en el escrito de ejecución.

Es por o ello que,

RESUELVE

LÍBRASE MANDAMIENTO DE PAGO a favor de la **INDUSTRIA LICORERA DE CALDAS -ILC** y en contra señor **JORGE EDUARDO ARANGO VÉLEZ**, por las siguientes sumas de dinero:

❖ NUEVE MILLONES DOSCIENTOS CUATRO MIL NOVENTA Y NUEVE PESOS (9'204.099) por concepto de capital.

❖ ONCE MILLONES OCHOCIENTOS TREINTA MIL SETESCIENTOS NOVENTA Y CUATRO PESOS (11'830.794) por intereses de mora, liquidados desde la fecha del pago.

NOTIFÍQUESE al demandado y al Ministerio Público, de conformidad con lo establecido en los artículos 198, 199 y 200 de la Ley 1437 de 2011, haciéndosele saber al ejecutado que dispone del término de cinco (5) días para pagar o el de diez (10) días para formular excepciones (art. 431 CGP).

RECONÓCESE personería a la abogada ANNA CAROLINA CUESTA MOLINA identificada con la C.C. N° 1.053'766.299 y la T.P. N° 174.741 como apoderada de la parte demandante, en los términos del poder a ella conferido.

NOTIFÍQUESE



AUGUSTO MORALES VALENCIA

Magistrado Ponente

REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS
SALA UNITARIA DE DECISIÓN

MAGISTRADO SUSTANCIADOR: DOHOR EDWIN VARÓN VIVAS

Manizales, veinte (20) de septiembre de dos mil veintiuno (2021).

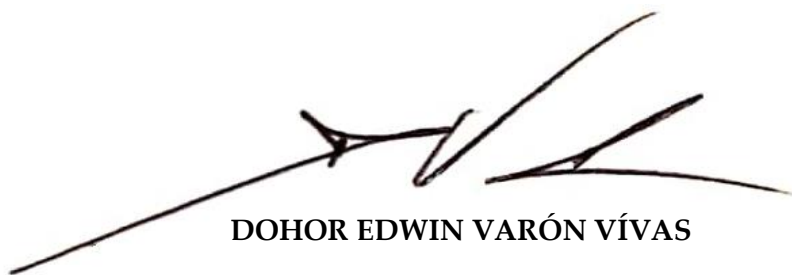
A.S. 151

Radicado: 17-001-23-33-000-2021-00031-00
Naturaleza: Nulidad y Restablecimiento
Demandante: Germán Camilo Díaz Fajardo
Demandados: Universidad de Caldas

Conforme a la solicitud elevada por el apoderado de la parte actora, **se fija** como nueva fecha para llevar a cabo la audiencia inicial de conformidad con el artículo 180 del CPACA dentro del proceso de la referencia, el día **19 de octubre de 2021 a partir de las 10:30 am.**

Se requiere a los apoderados de los sujetos procesales, informar los correos electrónicos y números telefónicos, previamente a la celebración de la audiencia al correo: sgtadminclld@notificacionesrj.gov.co, para enviarles el enlace del aplicativo a través del cual se realizará la audiencia.

Notifíquese



DOHOR EDWIN VARÓN VÍVAS

Magistrado

REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS
SALA DE DECISIÓN
MAGISTRADA SUSTANCIADORA: PATRICIA VARELA CIFUENTES

Manizales, septiembre 16 de 2021

A.I. 199

RADICADO	17001-23-33-000-2021-00040-00
MEDIO DE CONTROL	NULIDAD SIMPLE
DEMANDANTE	JESÚS AUGUSTO CORREA CARDONA
DEMANDADO	PROMUEVE MÁS S.A.S-INFICALDAS - EMPOCALDAS- SOCIEDAD CALDENSE DE INGENIEROS CIVILES -FONDO DE EMPLEADOS GOBERNACIÓN DE CALDAS - ASAMBLEA DE CALDAS -EMVÍAS

ANTECEDENTES

El ciudadano Jesús Augusto Correa Cardona actuando en nombre propio presentó demanda en ejercicio del medio de control de nulidad simple, en contra de los siguientes actos:

- La escritura de constitución de la sociedad de economía mixta Promueve Más S.A.S.
- La palabra “crear” del numeral 18 del artículo 4 de la Ordenanza 234 de 1998, modificada por el artículo 1° de la Ordenanza 805 de 2017.

Mediante auto inadmisorio del 14 de mayo de 2021 se concedió al accionante el término de diez (10) días para corregir la demanda en los siguientes aspectos:

- Debe determinar los cargos de nulidad que se invocan respecto de los actos demandados.
- Aportar copia de la Ordenanza No. 234 de febrero de 1998, invocada como demandada
- Integrar la demanda en un solo escrito.
- Acreditar el envío de la demanda y sus anexos a los demandados, así como del escrito de subsanación.

De acuerdo con la constancia secretarial que antecede, el día 02 de junio de 2021 las 5:00 pm venció el término concedido a la parte actora para subsanar la demanda, sin que ésta se pronunciara al respecto.

CONSIDERACIONES

El artículo 169 de la ley 1437 de 2011 indica:

“RECHAZO DE LA DEMANDA. Se rechazará la demanda y se ordenará la devolución de los anexos en los siguientes casos:

- 1. Cuando hubiere operado la caducidad.*
- 2. Cuando habiendo sido inadmitida no se hubiere corregido la demanda dentro de la oportunidad legalmente establecida.*
- 3. Cuando el asunto no sea susceptible de control judicial.”*

Advirtiéndose en este caso que la parte actora no corrigió la demanda dentro del término otorgado, la Sala de Decisión del Tribunal Administrativo de Caldas,

RESUELVE

1. **RECHAZAR** por no corrección, la demanda que en ejercicio del medio de control de nulidad simple presentó el sr Jesús Augusto Correa Cardona en contra de la Asamblea de Caldas, Empocaldas, Envías, Inficaldas, Promueve Mas S.A.S, Sociedad Caldense de Ingenieros Civiles y Fondo de Empleados de la Gobernación de Caldas.
2. En firme este auto archívense las diligencias previas las anotaciones respectivas. No se ordena devolución de anexos pues la demanda se presentó por medios digitales.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.



Magistrada

Dohor Edwin Varón Vivas
Ausente con permiso



AUGUSTO MORALES VALENCIA
Magistrado

REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS
SALA UNITARIA DE DECISIÓN

MAGISTRADO SUSTANCIADOR: DOHOR EDWIN VARÓN VIVAS

Manizales, veinte (20) septiembre de dos mil veintiuno (2021).

A.I. 155

RADICADO: 17-001-23-33-000-2021-00095-00
NATURALEZA: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO (LESIVIDAD)
DEMANDANTE: UGPP
DEMANDADOS: PEDRO ANTONIO BERNAL ARIZA
LITISCONSORTE: COLPENSIONES

Estudiado el escrito de demanda y al advertirse con el lleno de los requisitos señalados en los artículos 162 y siguientes del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, el Despacho procede a **admitir** la demanda que en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, por conducto de apoderado judicial, instaura la **Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social - UGPP** contra **Pedro Antonio Bernal Ariza** y como litisconsorte necesario **Colpensiones**; en consecuencia, para su trámite se dispone:

1. **NOTIFICAR** por estado a la parte demandante, de acuerdo a lo previsto en los artículos 171, 201 y 201A del CPACA, y por medio electrónico, con fundamento en lo prescrito en el artículo 205 ibídem.
2. **NOTIFICAR** este auto personalmente al señor **PEDRO ANTONIO BERNAL ARIZA**, de conformidad con lo prescrito en la ley 1437 de 2011 artículo 199¹ y 200², además el numeral 3 del artículo 291 del C.G.P.
3. **NOTIFICAR** este auto personalmente al **PRESIDENTE DE COLPENSIONES**, de conformidad con lo prescrito en la ley 1437 de 2011³ artículos 199 y 200.
4. **NOTIFICAR** personalmente este proveído al señor **AGENTE DEL MINISTERIO PÚBLICO**, de conformidad con lo prescrito en la ley 1437 de 2011 artículos 171, 198 y 199.
5. Por Secretaría, déjese constancia en el expediente del acuse de recibo o del acceso del destinatario al mensaje, de acuerdo con lo establecido en el inciso tercero del artículo 199 del CPACA⁴.
6. **CORRER TRASLADO** de la demanda al accionado, al litisconsorte necesario y al Ministerio Público por el término de **treinta (30) días**, para contestar la demanda,

¹ Artículo modificado por el artículo 48 de la Ley 2080 de 2021

² Artículo modificado por el artículo 49 de la Ley 2080 de 2021

³ Modificado por el 48 de la Ley 2080 de 2021

⁴ ibidem

proponer excepciones, solicitar pruebas, llamar en garantía y presentar demanda de reconvencción, de acuerdo con el artículo 172 del CPACA; del auto notificado solo se empezarán a contabilizar a los dos (2) días hábiles siguientes al del envío del mensaje y el término respectivo empezará a correr a partir del día siguiente. De requerirse copia de la demanda y sus anexos quedarán en medio virtual en Secretaría a disposición de los notificados.

7. **REQUERIR** al demandado para que incluya en la contestación de la demanda su dirección electrónica para notificaciones.
8. **SE RECONOCE** personería para actuar como apoderado judicial de la parte actora, en los términos y para los fines del poder conferido, al abogado **Edison Tobar Vallejo**, quien se identifica con la cédula de ciudadanía número 10.292.754 y con la tarjeta profesional número 161.779 del Consejo Superior de la Judicatura.
9. Para efectos de que las partes alleguen la contestación de la demanda, nuevos poderes, memoriales y solicitudes se les informa que el correo habilitado para ello es sgtadminclld@notificacionesrj.gov.co. Cualquier documento enviado a dirección distinta, se entenderá no presentado.

Notificar



DOHOR EDWIN VARÓN VIVAS

Magistrado

REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS
SALA UNITARIA DE DECISIÓN

MAGISTRADO SUSTANCIADOR: DOHOR EDWIN VARÓN VIVAS

Manizales, veinte (20) de septiembre de dos mil veintiuno (2021).

A.I. 156

RADICADO: 17-001-23-33-000-2021-00107-00
NATURALEZA: REPARACIÓN DIRECTA
DEMANDANTE: ALBA LUCÍA CORREA DE GUARÍN
DEMANDADO: NACIÓN-RAMA JUDICIAL

Procede el Despacho a estudiar la admisibilidad de la demanda que en ejercicio del medio de control nulidad y restablecimiento del derecho, instaura Alba Lucía Correa de Guarín, contra la **Nación – Rama Judicial**.

De conformidad con lo prescrito en el artículo 170 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, se concede a la parte demandante un término de diez (10) días, para que subsane la demanda teniendo en cuenta los siguientes aspectos formales:

- 1- Deberá allegar poder para actuar de conformidad con los artículos 73 y 74 del Código General del Proceso.
- 2- Deberá remitir copia de la corrección a las partes y al Ministerio Público, de acuerdo con el numeral 5 del artículo 166 del CPACA, en concordancia con el artículo 199 ibidem, modificado por el artículo 612 del Código General del Proceso y, conforme al artículo 3 del Decreto 806 de 2020.

Notificar

DOHOR EDWIN VARÓN VIVAS
Magistrado Ponente

REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS

ACTA DE AUDIENCIA INICIAL
MAGISTRADO SUSTANCIADOR: DOHOR EDWIN VARÓN VIVAS

Manizales, veinte (20) de septiembre de dos mil veintiuno (2021)

A.I.: 157

Radicado: 17001-23-33-000-2021-00122-00
Naturaleza: Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Demandante: Lucila de Jesús Tabares de Largo
Vinculado: UGPP

Procede el Despacho Sustanciador de conformidad con lo establecido el artículo 13 de Decreto 813 de 2020 *“Por el cual se adoptan medidas para implementar las tecnologías de la información y las comunicaciones en las actuaciones judiciales, agilizar los procesos judiciales y flexibilizar la atención a los usuarios del servicio de justicia, en el marco del Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica”*, a resolver excepciones, fijar el litigio, decretar prueba y fijar fecha para audiencia del artículo 181 del CPACA.

1.- Saneamiento:

Analizadas las etapas previamente adelantadas dentro del asunto, no se observa algún vicio o situación que deba ser objeto de saneamiento.

De tal suerte que, ejecutoriada esta actuación, mientras no se trate de situaciones presentadas con posterioridad, no se podrá alegar vicio alguno respecto de las actuaciones surtidas.

2.- Resolución de Excepciones Previas:

Teniendo en cuenta de una parte, que la UGPP no planteó excepciones previas, y de otra, que el Tribunal no encuentra configurada alguna de las excepciones artículo 180 numeral 6 del CPACA, es necesario indicar que los medios exceptivos planteados corresponden al fondo del asunto y serán resueltos en la sentencia que se profiera.

3.- Decreto De Pruebas:

➤ **Parte Demandante**

Documentales:

1.- Se decretan y se apreciarán por su valor legal al momento de proferir sentencia los documentos aportados con la demanda, visibles en el archivo digital “02DemandaAnexos”.

No realizó solicitud especial de práctica de pruebas

➤ **Parte Demandada**

Se decretan y se apreciarán por su valor legal al momento de proferir sentencia los documentos aportados con la contestación a la demanda, visibles en el expediente administrativo.

En cuanto a la solicitud de oficiar a la Secretaría de Educación del Departamento de Caldas y al Ministerio de Educación Nacional, para que remita:

- Vinculación (nombramientos y actas de posesión) y tiempos de servicio prestados como docente adscrito a esa entidad, especificando el respectivo orden (Nacional, Departamental, Distrital, Municipal o Nacionalizado)
- Actos mediante los cuales se realizaron los nombramientos y posesión.
- Recursos con que se realizaron los pagos de salarios y prestaciones sociales
- A qué orden pertenecía para el momento en que el causante prestó sus servicios (Nacional, Departamental, Distrital, Municipal o Nacionalizado) y si en algún momento cambio de orden y en qué fecha ocurrió dicho cambio: Instituto Nacional Los Fundadores, Manizales (Caldas)

Con fundamento en el artículo 168 del C.G.P., se negará su práctica, toda vez que, el presente asunto no se contrae a determinar la legalidad de la pensión gracia reconocida al causante, sino la sustitución pensional en cabeza de la sobreviviente, de tal suerte que la prueba se torna abiertamente inconducente.

4. Fijación del Litigio:

A efectos de fijar los extremos de la controversia traída a control jurisdiccional, el Despacho señalará de conformidad con la demanda y su contestación las posiciones que fueron planteadas por la parte demandante y demandada.

Igualmente se señalarán los problemas jurídicos que serán objeto de resolución por esta instancia, sin perjuicio de que al momento de emitir la sentencia correspondiente se adviertan otros planteamientos que deban ser absueltos.

Controversia entre las partes.

La parte demandante considera que tiene derecho al reconocimiento y pago de la sustitución de la pensión de jubilación gracia que en vida devengó su cónyuge, ello con fundamento el numeral 1° del artículo 46, el literal a) del artículo 47 de la Ley 100 de 1993, modificados por el artículo 12 y artículo 13 respectivamente de la Ley 797 de 2003. Lo anterior, por cuanto aduce que reúne todos los requisitos señalados en dicha normativa, en razón que, estuvieron casados por más de 57 años y convivieron hasta la fecha de fallecimiento del esposo bajo el mismo techo y lecho, haciendo vida marital.

Por su parte la entidad demandada señaló que, al señor LARGO LOPEZ JUAN CRISOSTOMO se le reconoció pensión de jubilación gracia mediante Resolución No. 010492 del 9 de marzo de 1993 expedida por CAJANAL, en cuantía de \$5,820.38 M/cte., efectiva a partir del 29 de septiembre de 1979, con efectos fiscales a partir del 15 de noviembre de 1987 por prescripción trienal; que conforme a la prueba documental es cierto el hecho “2.4.” de la demanda, en lo relativo a que, el pensionado había contraído matrimonio por el rito

católico con la señora Lucila De Jesús Tabares, el 20 de abril de 1960 habiendo convivido bajo un mismo techo por más de 57 años y hasta el día en se produjo la muerte de su esposo; no obstante, argumentó que, la pensión gracia no puede ser reconocida a pensionados nacionales, ni a docentes nacionales y contrario de lo que opina y señala la parte demandante en el escrito de demanda, son todos argumentos válidos, de obligatorio cumplimiento y plenamente adecuados a la situación de la señora Lucila de Jesús Tabares. Por todo lo anterior es que se está realizando una solicitud de sustitución pensional de pensión de jubilación gracia para cónyuge sobreviviente, pero ni siquiera hay lugar al reconocimiento de dicha pensión ya que el causante a pesar de haberla disfrutado, no cumplió los requisitos de ley, por tanto, no hay lugar a dicho reconocimiento, configurándose una inexistencia de la obligación plenamente demostrada y justificada.

Problema jurídico:

Para resolver el asunto traído a control jurisdiccional el Despacho estima pertinente desatar el siguiente problema jurídico, sin perjuicio de que al momento de emitir sentencia se adviertan otros planteamientos a dilucidar:

¿Cuenta la demandante con derecho a que le sea reconocida una sustitución pensional con ocasión del fallecimiento del señor Juan Crisóstomo Largo López?

-¿De ser así, cuenta con derecho a que le sea pagada en forma retroactiva dicha prestación pensional desde el momento del fallecimiento del causante?

-¿Se ha presentado el fenómeno jurídico de prescripción respecto de las mesadas pensionales?

5.- Traslado alegatos:

De conformidad con lo establecido en artículo 182A del CPACA¹, se correrá traslado a las partes y al Ministerio Público para la presentación por escrito de los alegatos y concepto respectivamente, dentro de los diez (10) días siguientes al vencimiento de la ejecutoria de providencia, ello según lo dispuesto en el artículo 181 del CPACA.

Por lo expuesto el Tribunal Administrativo de Caldas,

Resuelve:

Primero: Declarar saneado el proceso.

Segundo: Incorporar como prueba hasta donde la Ley lo permita, los documentos aportados con la demanda y su contestación, visibles en los archivos digitales “02DemandaAnexos” y el expediente administrativo.

Tercero: Negar inconducente la prueba documental solicitada por la UGPP.

Cuarto: Fijar el litigio.

Quinto: Correr traslado a las partes y al Ministerio Público para la presentación por escrito de los alegatos de conclusión y concepto respectivamente, dentro de los diez (10) días

¹ Artículo adicionado por el artículo 42 de la Ley 2080 de 2021

siguientes al vencimiento de la ejecutoria de providencia, ello según lo dispuesto en el artículo 181 del CPACA.

Notificar



DOHOR EDWIN VARÓN VIVAS
Magistrado

REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS
SALA UNITARIA DE DECISIÓN

MAGISTRADO SUSTANCIADOR: DOHOR EDWIN VARÓN VIVAS

Manizales, veinte (20) de septiembre de dos mil veintiuno (2021).

A.I. 158

Radicado: 17-001-23-33-000-2021-00131-00
Naturaleza: Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Demandantes: Inés Rafaela Santamaría de Mejía
Demandados: Agencia Nacional de Infraestructura - ANI

I. ANTECEDENTES

En el presente asunto, se corrió traslado de la demanda surtiendo la notificación de que trata el artículo 199 del CPACA el día 7 de julio de 2021.

Mediante memorial radicado el 20 de agosto del año que avanza la Agencia Nacional de Infraestructura presentó llamamiento en garantía con el fin que fuera vinculada al presente proceso la Concesión Pacífico 3 S.A.S.

I. CONSIDERACIONES

El artículo 225 de la Ley 1437 de 2011 establece la posibilidad del llamamiento en garantía en los procesos contenciosos administrativos, al igual que determina los requisitos que debe contener la solicitud de la siguiente manera:

“ARTÍCULO 225. LLAMAMIENTO EN GARANTÍA. Quien afirme tener derecho legal o contractual de exigir a un tercero la reparación integral del perjuicio que llegare a sufrir, o el reembolso total o parcial del pago que tuviere que hacer como resultado de la sentencia, podrá pedir la citación de aquel, para que en el mismo proceso se resuelva sobre tal relación.

El llamado, dentro del término de que disponga para responder el llamamiento que será de quince (15) días, podrá, a su vez, pedir la citación de un tercero en la misma forma que el demandante o el demandado.

El escrito de llamamiento deberá contener los siguientes requisitos:

1. El nombre del llamado y el de su representante si aquel no puede comparecer por sí al proceso.

2. La indicación del domicilio del llamado, o en su defecto, de su residencia, y la de su habitación u oficina y los de su representante, según fuere el caso, o la manifestación de que se ignoran, lo último bajo juramento, que se entiende prestado por la sola presentación del escrito.
3. Los hechos en que se basa el llamamiento y los fundamentos de derecho que se invoquen.
4. La dirección de la oficina o habitación donde quien hace el llamamiento y su apoderado recibirán notificaciones personales...”.

Con respecto a la oportunidad para formular la solicitud de llamamiento en garantía el artículo 172 del CPACA dispone:

“ARTÍCULO 172. TRASLADO DE LA DEMANDA. De la demanda se correrá traslado al demandado, al Ministerio Público y a los sujetos que, según la demanda o las actuaciones acusadas, tengan interés directo en el resultado del proceso, por el término de treinta (30) días, plazo que comenzará a correr de conformidad con lo previsto en los artículos 199 y 200 de este Código y dentro del cual deberán contestar la demanda, proponer excepciones, solicitar pruebas, llamar en garantía, y en su caso, presentar demanda de reconvención.

De conformidad con lo anterior, se tiene que el término para la formulación de llamamientos en garantía dentro del presente asunto -lapso de traslado de la demanda- transcurrió entre el 8 de julio¹ y el 20 de agosto de 2021.

En tal sentido, se advierte que el llamamiento en garantía formulado fue presentado en el momento procesal oportuno, sumado a que resulta diáfano para esta célula judicial que fueron acreditados los requisitos de ley arriba señalados, de tal manera habrá de admitirse tal llamamiento.

Por lo expuesto, el Tribunal Administrativo De Caldas,

Resuelve:

Primero: Admitir el llamamiento en garantía formulado por la Agencia Nacional de Infraestructura frente a la Concesión Pacífico 3 S.A.S.

Segundo: Notificar personalmente al representante legal de la Concesión Pacífico 3 S.A.S, la admisión del llamamiento en garantía, conforme lo establece el artículo 199 del CPACA.

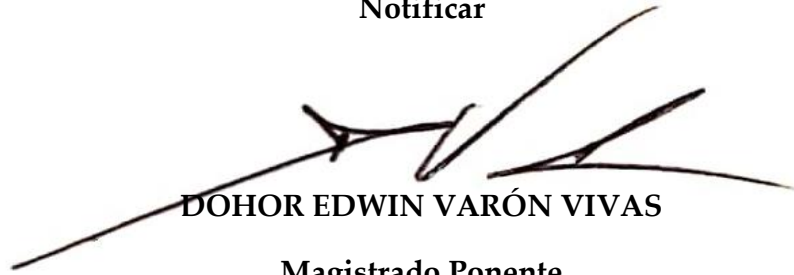
Tercero: Se confiere a la entidad llamada en garantía el término de quince (15) días para contestar el llamamiento, proponer excepciones y solicitar pruebas a que haya lugar (art. 225 inc. 2).

Cuarto: Reconocer personería a la abogada María Lorena Arenas Suárez portadora de la tarjeta profesional No. 131.617 del C. S. de la J., para actuar como apoderada de

¹ Pasados 25 días de la notificación, al tenor de lo dispuesto por el artículo 199 del CPACA.

la Agencia Nacional de Infraestructura, conforme al poder especial que le fue conferido.

Notificar

A handwritten signature in dark ink, consisting of several fluid, connected strokes, positioned above the printed name.

DOHOR EDWIN VARÓN VIVAS

Magistrado Ponente

REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS
SALA UNITARIA DE DECISIÓN

MAGISTRADO SUSTANCIADOR: DOHOR EDWIN VARÓN VIVAS

Manizales, veinte (20) de septiembre de dos mil veintiuno (2021).

A.I. 159

RADICADO: 17-001-23-33-000-2021-00187-00
NATURALEZA: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
DEMANDANTE: COLPENSIONES
DEMANDADOS: NOLBERTO ALZATE LÓPEZ

Estudiado el escrito de demanda y al advertirse con el lleno de los requisitos señalados en los artículos 162 y siguientes del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, el Despacho procede a **admitir** la demanda que en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, por conducto de apoderado judicial, instaura la **Administradora Colombiana de Pensiones -Colpensiones**, contra **Nolberto Alzate Lóez**; en consecuencia, para su trámite se dispone:

1. **NOTIFICAR** por estado a la parte demandante, de acuerdo a lo previsto en los artículos 171, 201 y 201A del CPACA, y por medio electrónico, con fundamento en lo prescrito en el artículo 205 ibídem.
2. **NOTIFICAR** este auto personalmente al señor **NOLBERTO ALZATE LÓEZ**, de conformidad con lo prescrito en la ley 1437 de 2011 artículo 199¹ y 200², además el numeral 3 del artículo 291 del C.G.P.
3. **NOTIFICAR** personalmente este proveído al señor **AGENTE DEL MINISTERIO PÚBLICO**, de conformidad con lo prescrito en la ley 1437 de 2011 artículos 171, 198 y 199.
4. Por Secretaría, déjese constancia en el expediente del acuse de recibo o del acceso del destinatario al mensaje, de acuerdo con lo establecido en el inciso tercero del artículo 199 del CPACA³.
5. **CORRER TRASLADO** de la demanda al accionado y al Ministerio Público por el término de **treinta (30) días**, para contestar la demanda, proponer excepciones, solicitar pruebas, llamar en garantía y presentar demanda de reconvención, de acuerdo con el artículo 172 del CPACA; del auto notificado solo se empezarán a contabilizar a los dos (2) días hábiles siguientes al del envío del mensaje y el término respectivo empezará a correr a partir del día siguiente. De requerirse copia de la demanda y sus anexos quedarán en medio virtual en Secretaría a disposición de los notificados.

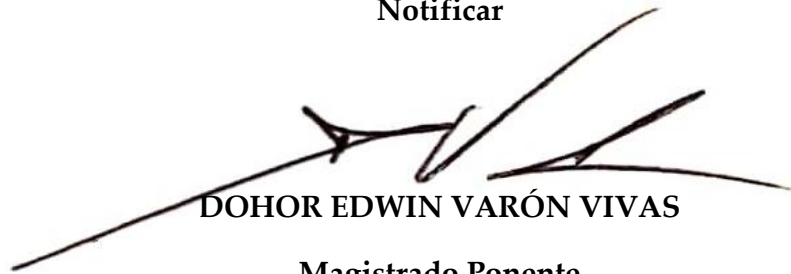
¹ Artículo modificado por el artículo 48 de la Ley 2080 de 2021

² Artículo modificado por el artículo 49 de la Ley 2080 de 2021

³ ibidem

6. **REQUERIR** al demandado para que incluya en la contestación de la demanda su dirección electrónica para notificaciones.
7. **SE RECONOCE** personería para actuar como apoderado judicial de la parte actora, en los términos y para los fines del poder conferido, a la abogada **Angélica Cohen Mendoza**, quien se identifica con la cédula de ciudadanía número 32.709.957 y con la tarjeta profesional número 102.786 del Consejo Superior de la Judicatura.
8. Para efectos de que las partes alleguen la contestación de la demanda, nuevos poderes, memoriales y solicitudes se les informa que el correo habilitado para ello es sgtadmincl@notificacionesrj.gov.co. Cualquier documento enviado a dirección distinta, se entenderá no presentado.

Notificar



DOHOR EDWIN VARÓN VIVAS

Magistrado Ponente

REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS
SALA UNITARIA DE DECISIÓN

MAGISTRADO SUSTANCIADOR: DOHOR EDWIN VARÓN VIVAS

Manizales, veinte (20) de septiembre de dos mil veintiuno (2021).

A.I. 160

RADICADO: 17-001-23-33-000-2021-00219-00
NATURALEZA: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO)
DEMANDANTE: CARLOS ARTURO REYES TAPASCO
DEMANDADO: INSTITUTO DE FINANCIAMIENTO, PROMOCIÓN Y DESARROLLO DE CALDAS – INFICALDAS- Y DEPARTAMENTO DE CALDAS

Procede el Despacho a estudiar la admisibilidad de la demanda que en ejercicio del medio de control nulidad y restablecimiento del derecho, instaura Carlos Arturo Reyes Tapasco, contra el **Instituto de Financiamiento, Promoción y Desarrollo de Caldas – INFICALDAS- y el Departamento de Caldas.**

De conformidad con lo prescrito en el artículo 170 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, se concede a la parte demandante un término de diez (10) días, para que subsane la demanda teniendo en cuenta los siguientes aspectos formales:

- 1- Deberá allegar poder para actuar de conformidad con los artículos 73 y 74 del Código General del Proceso.
- 2- Deberá allegar documento que acredite la existencia y representación legal de Inficaldas, ello, de conformidad con el artículo 166, ordinal cuarto del CPACA.
- 3- Deberá indicar las razones de hecho y de derecho, por las cuales dirige la demanda contra el Departamento de Caldas (Gobernación de Caldas), así como, aportar el acto administrativo expedido por dicho ente territorial -si lo hubiere-; lo anterior, de conformidad con lo establecido en el artículo 162 del CPACA.
- 4- Deberá remitir copia de la corrección a las partes y al Ministerio Público, de acuerdo con el numeral 5 del artículo 166 del CPACA, en concordancia con el artículo 199 ibidem, modificado por el artículo 612 del Código General del Proceso y, conforme al artículo 3 del Decreto 806 de 2020.

Notificar

DOHOR EDWIN VARÓN VIVAS
Magistrado Ponente

REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS
SALA UNITARIA DE DECISIÓN

MAGISTRADO SUSTANCIADOR: DOHOR EDWIN VARÓN VIVAS

Manizales, veinte (20) de septiembre de dos mil veintiuno (2021).

A.I. 161

RADICADO:	17-001-23-33-000-2021-00222-00
NATURALEZA:	VALIDEZ DE ACTOS ADMINISTRATIVOS
DEMANDANTE:	DEPARTAMENTO DE CALDAS
DEMANDADO:	CONCEJO DE PENSILVANIA (CALDAS) Y MUNICIPIO DE PENSILVANIA (CALDAS)

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 119 del Decreto 1333 de 1986 "Código de Régimen Municipal" y 151 numerales 4 y 5 del CPACA, corresponde a este Tribunal pronunciarse respecto a la solicitud de validez de la referencia.

En consecuencia, por reunir los requisitos señalados en la ley:

Primero: Admitir la solicitud presentada por la Gobernación de Caldas a través de apoderado, mediante la cual solicita se decida sobre la validez del Acuerdo Municipal Nro. 006 del 24 de 2021, *"Por medio del cual se anexa a la agenda de políticapública (sic) de Participación Ciudadana y Planeación Ambiental del Municipio de Pensilvania, el Acuerdo Social por la Defensa del Agua, la vida y el Territorio del 28 de mayo de 2019 y sedictan (sic) otras disposiciones"*, del Municipio de Pensilvania (Caldas)".

Segundo: Notificar la solicitud de validez mediante mensaje dirigido al buzón electrónico para notificaciones judiciales, en la forma y los términos indicados en el artículo 199 del CPACA, modificado por el artículo 48 de la Ley 2080 de 2021, a las siguientes personas:

- 1) Al Presidente del Concejo del Municipio de Pensilvania (Caldas) y por su intermedio a los demás integrantes de esa Corporación.
- 2) Al Agente del Ministerio Público delegado ante este Tribunal Administrativo.

Tercero: Fijar en lista por el término de diez (10) días (numeral 1º art.121 Decreto 1333 de 1986), durante los cuales el Agente del Ministerio Público y cualquiera otra persona podrán intervenir para que se pronuncien sobre la solicitud de la validez del Acuerdo Municipal Nro. 006 del 24 de 2021, *"Por medio del cual se anexa a la agenda de políticapública (sic) de Participación Ciudadana y Planeación Ambiental del Municipio de Pensilvania, el Acuerdo Social por la Defensa del Agua, la vida y el Territorio del 28 de mayo de 2019 y sedictan (sic) otras disposiciones"*, del Municipio de Pensilvania (Caldas).

Dicha fijación deberá insertarse en el portal web de la Secretaría de este Tribunal.

Cuarto: Notificar este proveído al Alcalde de Pensilvania (Caldas) por estado electrónico, para lo cual se enviará mensaje de datos al buzón de correo electrónico para notificaciones judiciales, en atención a lo establecido en el artículo 197 y 201 del CPACA.

Notificar



DOHOR EDWIN VARÓN VIVAS
MAGISTRADO

REPÚBLICA DE COLOMBIA

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS
MAGISTRADO PONENTE: CARLOS MANUEL ZAPATA JAIMES

Manizales, veinte (20) de septiembre de dos mil veintiuno (2021)

RADICACIÓN	11-001-03-25-000-2018-00864-01
CLASE	REVISIÓN
DEMANDANTE	UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PAARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL - UGPP
DEMANDADO	FABIO ÁLVAREZ GUEVARA

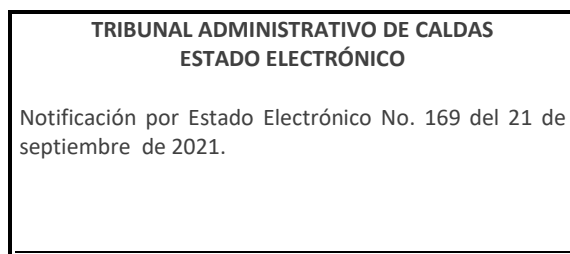
CÚMPLASE la comisión conferida por el Consejo de Estado Sala de lo Contencioso Administrativo Sección Segunda, según Despacho Comisorio No.176 del 02 de septiembre de 2021, el cual fuera recibido el 16 de septiembre de 2021.

En consecuencia, por la **SECRETARÍA DE LA CORPORACIÓN NOTIFÍQUESE PERSONALMENTE** el auto admisorio de la acción de revisión al señor **FABIO ÁLVAREZ GUEVARA**, en los términos ordenados en el auto del 20 de mayo de 2021.

Cumplido lo anterior **DEVUÉLVANSE** las diligencias al Despacho de origen, previas las anotaciones respectivas en el sistema.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

CARLOS MANUEL ZAPATA JAIMES
MAGISTRADO



Firmado Por:

**Carlos Manuel Zapata Jaimes
Magistrado Tribunal O Consejo Seccional
División 1 De Sistemas De Ingenieria
Bogotá D.C., - Bogotá, D.C.**

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica, conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

Código de verificación:

af5420ed8580321be1a600dd47d93b351b5cf980c879211c156650c3d32600bd

Documento generado en 20/09/2021 08:06:37 AM

**Valide este documento electrónico en la siguiente URL:
<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>**

REPÚBLICA DE COLOMBIA


TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS
MAGISTRADO: CARLOS MANUEL ZAPATA JAIMES

Manizales, veinte (20) de septiembre de dos mil veintiuno (2021).

RADICACIÓN	17001-23-33-000-2021-00220-00
CLASE	VALIDEZ DE ACTOS ADMINISTRATIVOS
DEMANDANTE	LUIS CARLOS VELÁSQUEZ CARDONA
DEMANDADO	MUNICIPIO DE LA DORADA – CALDAS, CONCEJO MUNICIPAL DE LA DORADA - CALDAS

Ingresa a Despacho el proceso de la referencia para decidir sobre su admisión.

Revisando los requisitos de la demanda se observa que se allegada poder otorgado al abogado JOSÉ RICARDO VALENCIA MARTÍNEZ por parte de la Secretaría de Jurídica del Departamento de Caldas conforme a la Delegación realizada a esta por el Gobernador Encargado mediante Decreto nro. 193 del 03 de octubre de 2016. Dicho poder se confiere físicamente y con firmas manuscritas, pero sin cumplir con el requisito de la presentación personal, exigencia que no desapareció para este tipo de poderes, sino solamente para los otorgados mediante mensaje de datos, según lo establecido en el artículo 5 del Decreto 806 de 2020.

Es la oportunidad para aclarar que ante la eventualidad generada por la pandemia del Covid-19, el decreto mencionado dispuso una nueva forma de otorgar poderes, sin eliminar la forma “tradicional” establecida en el artículo 74 del CGP, luego los poderdantes pueden otorgar el poder de dos maneras a saber: o de manera física, como se hacía antes del decreto, pero en este caso cumpliendo con la obligación de presentación personal; o mediante mensaje de datos, sin firma manuscrita o digital, solo con antefirma, y sin necesidad de realizar presentación personal, pues se advirtió que se presumían auténticos, pero indicando expresamente la dirección de correo electrónico del apoderado que debe coincidir con la inscrita en el Registro Nacional de Abogados. Y para el caso de los poderes otorgados por personas inscritas en el registro mercantil, se precisó que estos debían ser remitidos desde la dirección de correo electrónico inscrita para recibir notificaciones judiciales.

En atención a lo anterior, y como se evidencia que el poder allegado no se otorgó mediante mensaje de datos, y tampoco se le realizó presentación personal, se le otorga al Departamento de Caldas un término de diez (10) días, contados a partir de la notificación de esta providencia, para que allegue el poder de conformidad con lo establecido en la ley; esto es, o mediante mensaje de datos con las formalidades que para este caso se establecen, o mediante documento escrito con firma manuscrita pero con presentación personal.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

**CARLOS MANUEL ZAPATA JAIMES
MAGISTRADO**



Firmado Por:

**Carlos Manuel Zapata Jaimes
Magistrado Tribunal O Consejo Seccional
Dirección Ejecutiva De Administración Judicial
División 1 De Sistemas De Ingeniería
Bogotá D.C., - Bogotá, D.C.**

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica, conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

Código de verificación: **9538bdd2c96d50ade65128b82110efebd3b084e13296662fa9c8e1ece0181c21**
Documento generado en 20/09/2021 01:38:19 PM

**Valide este documento electrónico en la siguiente URL:
<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>**

CONSTANCIA SECRETARIAL: A Despacho del señor Magistrado el presente Medio de Control, recibido por ventanilla virtual, proveniente del Juzgado Segundo Administrativo del Circuito de Manizales con apelación de sentencia, para decidir sobre su admisión.

Manizales, veinte (20) de septiembre de dos mil veintiuno (2021)



Carlos Andrés Díez Vargas
Secretario

REPÚBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS

MAGISTRADO PONENTE: CARLOS MANUEL ZAPATA JAIMES

Manizales, veinte (20) de septiembre de dos mil veintiuno (2021)

RADICADO	17001-33-33-002-2019-00320-02
CLASE	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
DEMANDANTE	MARÍA AMPARO CARMONA RESTREPO
DEMANDADO	NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO

De conformidad con lo establecido en el numeral 3 del artículo 247 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo¹ (modificado por el art. 67 de la Ley 2080 de 2021) **SE ADMITE** el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante el 04 de junio de 2021 (No. 14 expediente electrónico juzgado) en contra de la sentencia proferida por el Juzgado Segundo Administrativo del Circuito de Manizales el 27 de mayo de

¹ También CPACA

2021, al haberse interpuesto de manera oportuna, es decir, dentro de los 10 días siguientes a la notificación de la sentencia, actuación procesal que se efectuó el 28 de mayo de 2021.

Notifíquese personalmente al señor Agente del Ministerio Público y por estado electrónico a las demás partes, surtido lo anterior envíese mensaje de datos con copia de la presente providencia, según lo dispone el inciso 3º del artículo 201 del CPACA.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



CARLOS MANUEL ZAPATA JAIMES
Maestrado

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS El suscrito Secretario certifica que la anterior providencia se notifica a las partes por Estado Electrónico No. 169 de fecha 21 de septiembre de 2021. Surtido lo anterior, se envió mensaje de datos al correo electrónico. Manizales,  _____ Carlos Andrés Díez Vargas Secretario



HONORABLE TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS

Sala Quinta

Magistrado Ponente: PUBLIO MARTÍN ANDRÉS PATIÑO MEJÍA

Medio de Control: Protección de derechos e intereses colectivos.
Radicado: 17001-23-39-007-20180045402
Demandante: Javier Elías Arias Idárraga
Demandado: Banco Davivienda

Manizales, veinte (20) de septiembre de dos mil veintiuno (2021).

ASUNTO

Procede la Sala Unitaria a decidir el recurso de queja presentado por el actor contra el auto formulado por el Juzgado Séptimo Administrativo del Circuito de Manizales, que no concedió el recurso de apelación contra la decisión que declaró la falta de jurisdicción en el proceso de la referencia.

La competencia se sustenta en los artículos 153, 125, 243 del CPACA y será decidido por el Magistrado Ponente según el artículo 125 ídem, como 86 de la Ley 2080 de 2021.¹

ANTECEDENTES

El señor JAVIER ELÍAS ÁRIAS IDÁRRAGA interpuso acción popular para la protección de los derechos colectivos dispuestos en el artículo 4º de la Ley 472 de 1998, para que el Banco Davivienda construya una batería sanitaria para ciudadanos con movilidad reducida que se desplacen en silla de ruedas en la calle 23 26-38 de Manizales.

El juzgado en auto del 25 de octubre de 2018 declaró la falta de jurisdicción y dispuso que el proceso se remitiera a los juzgados civiles de circuito.

El actor interpuso recurso señalando que “... DEMANDO AL MUNICIPIO DE MANIZALES, POR VIOLAR APARENTEMENTE LEY 734 DE 002 EL ENTE TERRITORIAL INCUMPLE SU FUNCION DEBER Y PIDO TRAMITE A MI ACCION EN LO CONTENCIOSO ADTIVA DE NO REPONER CONCEDA LA ALZADA...”

¹ CONSEJO DE ESTADO SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCIÓN TERCERA SUBSECCIÓN C Consejero ponente: GUILLERMO SÁNCHEZ LUQUE Bogotá D.C., treinta (30) de noviembre de dos mil dieciocho (2018) Radicación número: 08001-23-33-001-2013-00014-01(59675)

El juzgado mediante auto del 1º de noviembre de 2018 no repuso la decisión y rechazó por improcedente la concesión del recurso de apelación, porque conforme a la Ley 472 de 1998, en las acciones populares solo procede el recurso de apelación contra las decisiones de medidas cautelares y la sentencia (arts. 26 y 37).

El actor formuló queja contra la decisión, y el juzgado remitió el proceso para su decisión.

CONSIDERACIONES

El Consejo de Estado ha señalado reiteradamente que los únicos actos judiciales susceptibles del recurso de apelación en las acciones populares, son los que decretan una medida cautelar y la sentencia de primera instancia.

“[L]as decisiones proferidas en el curso de una acción popular son susceptibles únicamente del recurso de reposición, salvo la que decreta una medida cautelar y la sentencia de primera instancia, decisiones contra las cuales procede el de apelación. (...) [E]n atención a la celeridad que debe caracterizar las acciones populares es claro que el recurso procedente contra las decisiones dictadas en el curso de este tipo de acciones es únicamente el de reposición, salvo lo dispuesto expresamente en los artículos 26 y 37 de la Ley 472 de 1998 respecto de las providencias a través de las cuales se dicta una medida cautelar y se profiere sentencia de primera instancia, decisiones estas que son apelables; sin que con dicha limitación se afecte en manera alguna el debido proceso o el derecho a la doble instancia conforme el análisis efectuado frente al punto por la Corte Constitucional. Entonces es esta la oportunidad para que la Sala Plena de esta Corporación reafirme la regla en comento según la cual, se insiste, las únicas decisiones apelables en acciones populares son el auto que decreta una medida cautelar y la sentencia de primera instancia, por lo que todas las demás decisiones que se adopten en el trámite de estos procesos son únicamente pasibles del recurso de reposición.”²

Debido a que al acto judicial con el cual se solicitó la apelación fue el que declara la falta de jurisdicción, es solo susceptible del recurso de reposición, que ya fue definido, por lo que fue bien denegada la concesión del recurso de apelación, y se confirmará el acto recurrido.

Por lo brevemente expuesto, la sala unitaria de decisión del Honorable Tribunal Administrativo de Caldas,

RESUELVE

PRIMERO: DECLARAR bien denegado el recurso de apelación en el proceso de la referencia.

SEGUNDO: Devuélvase el proceso al juzgado de origen para su remisión a la jurisdicción ordinaria.

² CONSEJO DE ESTADO SALA PLENA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO Consejero ponente: CARLOS ENRIQUE MORENO RUBIO Bogotá D.C., veintiséis (26) de junio de dos mil diecinueve (2019) Radicación número: 25000-23-27-000-2010-02540-01(AP)B

Notifíquese y Cúmplase



PUBLIO MARTÍN ANDRÉS PATIÑO MEJÍA

Magistrado

**TRIBUNAL ADMINISTRATIVO
DE CALDAS**

NOTIFICACIÓN POR ESTADO

No. 169

FECHA: 21/09/2021

Firmado Por:

Publio Martin Andres Patiño Mejia

Magistrado

Mixto 006

Tribunal Administrativo De Manizales - Caldas

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica, conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

Código de verificación:

8d57ad00d5b0790d21e0951a3df637a628752919be0e63bb9202d9e986ef13fb

Documento generado en 20/09/2021 11:56:46 AM

Valide este documento electrónico en la siguiente URL:

<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>

**REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL**



**HONORABLE TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS
Sala sexta de Decisión
Magistrado Ponente: Publio Martín Andrés Patiño Mejía**

Sentencia de segunda instancia

Radicado: 170013333756201500146-02
Acción: Nulidad y Restablecimiento del Derecho - Laboral
Demandante: María Elsa Giraldo de Jiménez
Demandado: Municipio de Neira
Acto judicial: Sentencia 094

Manizales, veinte (20) de septiembre de dos mil veintiuno (2021).

Proyecto discutido y aprobado en Sala de la presente fecha.

Síntesis: La demandante solicita la indemnización sustitutiva de la pensión de sobrevivientes de su cónyuge fallecido, que laboró en el municipio de Neira y se pensionó desde el mes de febrero de 1987. La demandada se opuso porque no fue acreditado por la demandante la convivencia para el momento del deceso con el causante, y la demandante se encontraba haciendo vida marital con su compañero permanente el señor Alonso Marín Buitrago. El juzgado de primera instancia negó las pretensiones al estimar probada la excepción formulada por la demandada. La sala confirma la sentencia.

§01. La sala dicta sentencia de segunda instancia en el proceso de nulidad y restablecimiento del derecho interpuesto por la señora María Elsa Giraldo de Jiménez, demandante, contra la Alcaldía de Neira- Caldas, demandada. El objeto de decisión es la apelación interpuesta por la demandante en contra de la sentencia proferida por la Señoría del Juzgado Quinto Administrativo del Circuito de Manizales, el 03 de octubre de 2018, que negó las pretensiones.

1. Antecedentes

1.1. La Demanda que solicita el reconocimiento de indemnización de pensión sustitutiva de sobreviviente.¹

§02. La parte accionante pretende que se declare la nulidad de las **Resoluciones 092 del 23 de julio de 2013 y 117 del 25 de septiembre de 2013** que negaron en sede administrativa y de reposición, la concesión de la pensión de sobrevivientes a la señora **MARÍA ELSA GIRALDO DE JIMÉNEZ** con ocasión al fallecimiento del señor **MIGUEL ÁNGEL JIMÉNEZ BOTERO**.

¹ FL. 4 a 22, C1.

§03. A título de restablecimiento, se ordene a la entidad demandada a reconocer y pagar a favor de la señora María Elsa Giraldo de Jiménez, la pensión de sobreviviente en su condición de cónyuge supérstite del causante, a partir del 5 de abril de 2013.

§04. Como hechos precisó que la señora María Elsa Giraldo de Jiménez contrajo matrimonio católico con el señor Miguel Ángel Jiménez Botero, de dicha unión nacieron nueve hijos.

§05. El señor Miguel Ángel Jiménez Botero se pensionó desde el mes de febrero de 1987, como empleado de la alcaldía de Neira, Caldas.

§06. El señor Miguel Ángel Jiménez Botero falleció el día 5 de abril de 2013.

§07. El 24 de abril de 2012 la actora solicitó ante la Alcaldía de Neira -Caldas- el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes en calidad de cónyuge supérstite, la cual fue negada por la Resolución 092 del 23 de julio de 2013. Por lo que interpuso recurso de reposición, el cual fue decidido por la Resolución 117 del 25 de septiembre de 2013, que confirmó el anterior acto administrativo.

§08. Estimó como violadas las siguientes normas: artículos 1, 2, 4, 5, 6, 13, 23, 25, 53, 58 de la Constitución Política, 1° de la Ley 33 de 1973, 1° de la Ley 113 de 1985, 1° de la Ley 44 de 1980, 1° de la Ley 1204 de 2008, 46, 47, 48, 279, 288 de la Ley 100 de 1993.

§09. Como sustento de la violación señaló que el único bien material con que contaba la demandante para su subsistencia, era el aporte económico del señor Miguel Ángel Jiménez Botero, quién con su pensión atendía los gastos de manutención, seguridad social y los costos que generaba el sostenimiento de un hogar.

1.2. Contestación de la alcaldía de Neira²

§10. Solicitó que se nieguen las pretensiones. Sobre los hechos admitió el reconocimiento pensional al señor Miguel Ángel Jiménez Botero, su fallecimiento, la reclamación de la sustitución por parte de la señora María Elsa Giraldo Jiménez y el acto que negó la prestación demandada.

§11. Se opuso a la totalidad de las pretensiones formuladas por la parte accionante.

§12. Propuso y sustentó como medios exceptivos los siguientes:

§12.1. Legalidad del Acto Administrativo del cual se acusa la nulidad: Argumentó que los actos demandados se apoyaron en la Ley 797 de 2003, la cual exige la prueba de la convivencia, lo cual no se demostró por la actora.

² Fl. 63 a 69 C1.

§12.2. **Buena fe:** la entidad obró con estricto apego a las normas y conforme a la investigación administrativa que concluyó que la demandante no cumplía con los requisitos para acceder a la pensión.

§12.3. **Prescripción:** En caso de accederse a las pretensiones, se aplique la prescripción de las mesadas.

1.3. De la sustitución procesal ³

§13. La señora María Elsa Giraldo de Jiménez falleció el 22 de diciembre de 2016⁴, por lo que se tuvo como sustitutos procesales de la demandante a sus hijos, quien dieron poder al abogado que interpuso la demanda.

1.4. La sentencia que negó las pretensiones ⁵

§14. El Juzgado Quinto Administrativo del circuito de Manizales, profirió sentencia el 3 de octubre de 2018, negando las pretensiones en los siguientes términos:

*“**PRIMERO:** Declárese probada la excepción de “LEGALIDAD DEL ACTO ADMINISTRATIVO DEL CUAL SE ACUSA SU NULIDAD”, que fuera propuesta por la entidad demandada, de conformidad con las consideraciones contenidas en la parte motiva de este proveído.*

***SEGUNDO:** En consecuencia, se niegan las pretensiones de la demanda incoada por la señora MARÍA ELSA GIRALDO DE JIMÉNEZ en contra del MUNICIPIO DE NEIRA (Caldas), por lo ya expuesto.*

***TERCERO:** Abstenerse de condenar en costas en esta instancia, por lo antes expuesto.*

§15. El juzgado hizo una síntesis de las posturas de las partes, y formuló como problemas jurídicos:

¿Cuál es el régimen jurídico aplicable respecto del derecho a la sustitución pensional en el presente caso, atendiendo a la fecha de fallecimiento del causante?

¿La señora María Elsa Giraldo de Jiménez, en su condición de cónyuge supérstite del señor Miguel Ángel Jiménez Botero, reúne los requisitos para acceder a la sustitución de la pensión de jubilación que se reclama?

§16. La primera instancia efectuó un recuento normativo respecto de la regulación de la figura de la pensión de sobrevivientes cuando se trata de cónyuge o compañero permanente supérstite. En efecto, hizo alusión al artículo 47 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 13 de la Ley 797 de 2003 para precisar que

³ Fl. 120 a 129 C1.

⁴ Fl 96 C1

⁵ Fl. 120 a 129 C1.

uno de los requisitos es demostrar que hizo una vida marital con el causante hasta su muerte y convivió con aquél por no menos de 5 años continuos con anterioridad a su fallecimiento.

§17. Seguidamente, realizó un análisis de las pruebas practicadas para concluir que la demandante no demostró que mantuvo una relación de pareja permanente y una convivencia por un término de 5 años con anterioridad al fallecimiento del causante.

§18. En ese sentido, indicó que el apoderado de la parte demandante reclama la aplicación del original artículo 47 de la Ley 100 de 1993, que no requería la prueba de la convivencia cuando se procrearon hijos, lo que sí se exige por la modificación introducida en el artículo 13 de la Ley 797 de 2003.

1.5. De la apelación de la parte demandante ⁶

§19. Se pidió que se acceda a las pretensiones, pues la prestación social se negó por desconocimiento de la ley 100 de 1993. Además, criticó que la sentencia señalara que no hubo suficientes pruebas en el proceso, que incluso faltó allegar el acto que reconoció la pensión al causante. Insistió que la señora Giraldo de Jiménez y el causante no se divorciaron, y no existió liquidación de sociedad conyugal.

1.6. Actuación y alegatos

§20. Mediante proveído del 29 de octubre de 2018⁷, se admitió el recurso de apelación interpuesto, y por auto del 13 de diciembre de 2018⁸, se corrió traslado de alegatos.

§21. El recurso se admitió el 29 de octubre de 2018 y se dio traslado el 13 de diciembre de 2018, donde únicamente se pronunció la parte demandante recalando que la señora Giraldo de Jiménez y el causante no se divorciaron, y no existió liquidación de sociedad conyugal, por lo que la actora es merecedora de la pensión de sobrevivientes.

§22. La parte demandada y el Ministerio Público permanecieron silentes.

2. Competencia

§23. Este Tribunal es competente para conocer de la controversia, en concordia con el artículo 153 del CPACA.

⁶ Fl 9 a 10 C3

⁷ Fl. 2 C3

⁸ Fl. 6 C3

2.1. Problema Jurídico

§24. ¿La parte demandante, señora **María Elsa Giraldo de Jiménez** tiene derecho a la pensión de sobrevivientes de la pensión del causante, señor **Miguel Ángel Jiménez Botero**?

2.2. Lo demostrado en el expediente administrativo (cuaderno 2)

§25. La señora María Elsa Giraldo de Jiménez nació el 24 de agosto de 1941.⁹ El señor Miguel Ángel Jiménez Botero nació el 24 de mayo de 1924.¹⁰

§26. El 05 de marzo de 1957 la señora María Elsa Giraldo de Jiménez y el señor Miguel Ángel Jiménez Botero contrajeron matrimonio¹¹. Procrearon nueve hijos entre el 5 de mayo de 1965 hasta el 13 de junio de 1985.

§27. El señor Miguel Ángel Jiménez Botero falleció el 24 de abril de 2013.¹²

§28. El 23 de abril de 2013 la demandante solicitó a la alcaldía de Neira el reconocimiento de la sustitución pensional de su difunto esposo.

§29. Por medio de la Resolución 92 del 23 de julio de 2013 la alcaldía de Neira-Caldas- negó la petición, con los siguientes fundamentos: (i) aplicó el régimen establecido en la Ley 797 de 2003; (ii) la peticionaria no acreditó la convivencia con el causante cinco años continuos antes de su muerte.

§30. El 13 de agosto de 2013 la actora interpuso recurso de reposición contra la decisión, insistiendo que sí tuvo convivencia con el señor Jiménez Botero, para lo cual allegó la declaración notarial del 13 de agosto de 2013, los señores Luis Gonzaga Rincón Grajales, Elizabeth Chica Cardona y Miriam Delgado Orozco manifestaron conjuntamente:

“Conocimos de vista trato y comunicación a MIGUEL ANGEL JIMENEZ BOTERO- sic- (...) hace aproximadamente cuarenta (40), seis (06) y treinta (30) años en razón a que fuimos amigos de la familia.

Por el conocimiento que de él teníamos sabemos y nos consta que falleció en Manizales el 05 de abril de 2013 (...) y fue casado con la señora MARIA ELSA GIRALDO JIMENEZ – sic- (...) matrimonio celebrado en la parroquia de Nuestra Señora del Rosario de Aranzazu Caldas el 05 de marzo de 1957.

De su unión procrearon nueve hijos todos mayores de edad en la actualidad.

⁹ Fl.4, C2

¹⁰ F. 26 c.1

¹¹ Fl. 23 -24 C1

¹² Fl. 25 C1

Y es de resaltar que los últimos cinco años hasta la fecha del fallecimiento de MIGUEL ANGEL vivió bajo el mismo techo compartiendo mesa y lecho, con MARIA ELSA – sic- ...”

§31. Por acto del 11 de septiembre de 2013, la alcaldía decretó como pruebas que se requiriera al registro del SISBEN la composición familiar de la solicitante y el causante, la afiliación en salud de ambos.

§32. En el registro del SISBEN del 05/09/2013, en la visita hecha el 15/09/2009, una señora MARIA ELSA GIRALDO con el mismo número de cédula de la accionante, aparece con segundo apellido DE MARÍN, compartiendo vivienda con un señor, de apellido BUITRAGO MARÍN.¹³

§33. En el certificado de la NUEVA EPS, el causante Miguel Ángel Jiménez Botero aparece que tenía registrado como cónyuge a la demandante, señora María Elsa Giraldo de Jiménez.

§34. Por la Resolución 117 del 25 de septiembre de 2013 la alcaldía de Neira confirmó la negación de la prestación social a la demandante, señalando que las manifestaciones de los declarantes ante notario se contradicen con el informe del SISBEN, por lo que no se demostró la convivencia entre la señora Giraldo de Marín y el señor Jiménez Botero, causante.

§35. En el proceso no se allegó el tiempo de servicios del señor Jiménez Botero, causante, ni el acto que le reconoció la pensión. Aunque se decretaron tres testimonios, la parte demandante indicó que dos testigos no se pudieron localizar y otro declarante se mostró renuente en asistir, por ser empleado de la entidad demandada.¹⁴

2.3. Caso concreto y régimen aplicable

2.3.1 La pensión de sobrevivientes que se demanda, se causó en vigencia de la Ley 797 de 2003 y se rige por esta norma, la cual exige la prueba de la convivencia del actor con la causante

§36. El señor Miguel Ángel Jiménez Botero nació el 24 de mayo de 1924.¹⁵

§37. Como se indicó no existe demostración del tiempo de servicios que prestó al servicio de la alcaldía de Neira, ni del acto que le habría concedido la pensión.

§38. Por lo que es claro que el demandante tenía más de 40 años a la vigencia de la Ley 100 de 1993, por lo que se encontraría en el régimen de transición del artículo 36 ídem.

§39. Antes de la expedición de la Ley 100 de 1993, se creó la figura de la sustitución pensional, en favor de la viuda de un pensionado, regulada por los

¹³ F. 20 c.1

¹⁴ F. 111 c.1

¹⁵ F. 26 c.1

artículos 36, 39 del Decreto 3135 de 1968, 80, 92 del Decreto 1848 de 1969, 1º de la Ley 33 de 1973 y 1º de la Ley 75 de 1975.

§40. El artículo 48 de la Constitución Política de 1991 expresamente dispuso que “... *Los requisitos y beneficios para adquirir el derecho a una pensión de invalidez o de sobrevivencia serán los establecidos por las leyes del Sistema General de Pensiones.*”

§41. El Consejo de Estado consideró que “... *Quiere decir entonces que la Ley 100 de 1993 “Por la cual se crea el sistema de seguridad social integral y se dictan otras disposiciones”, derogó tácitamente la Ley 12 de 1975, concretamente, porque esta nueva norma reemplazó la sustitución pensional por la pensión de sobrevivientes tanto en el régimen de prima media con prestación definida como en el de ahorro individual...*”¹⁶

§42. El artículo 46 de la ley 100 preveía que tendría derecho a la pensión de sobrevivientes, los miembros del grupo familiar del pensionado por vejez que fallezca, entre otros. Esta previsión se mantuvo en la modificación del artículo 12 de la Ley 797 de 2003.

§43. Pero, en cuanto a estos miembros del grupo familiar, el artículo 47.1 de la ley 100 exigió al cónyuge supérstite que debía acreditar: “... *que estuvo haciendo vida marital con el causante, y hasta su muerte, y haya convivido con el fallecido no menos de dos (2) años continuos con anterioridad a su muerte, **salvo que haya procreado uno o más hijos con el pensionado fallecido**...*”-sft-

§44. O sea, originalmente la Ley 100 de 1993 exigía al cónyuge supérstite que estuviera haciendo vida marital con el causante, y si se habían procreado hijos no exigía demostrar un periodo de convivencia antes de la muerte.

§45. El Consejo de Estado aclaró que “... *en materia de reconocimiento de pensión de sobrevivientes, **la norma aplicable es la vigente para la fecha del fallecimiento del causante**, pues es en este momento en que se causa el derecho a la sustitución pensional.*”¹⁷

§46. El señor Miguel Ángel Jiménez Botero falleció el 24 de abril de 2013.¹⁸

§47. Para esta época, el artículo 47 de la Ley 100 de 1993 fue modificado por el artículo 13 de la Ley 797 de 2003, el cual exigió para la pensión de sobrevivientes que el cónyuge supérstite demostrara un plazo de convivencia de cinco años, antes de la muerte, sin importar si tuvieron hijos o no. Esta circunstancia es la que debe demostrar el actor para acceder a la prestación social que demanda:

¹⁶ CONSEJO DE ESTADO- SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO- SECCIÓN SEGUNDA- SUBSECCIÓN B- CONSEJERA PONENTE: DRA. SANDRA LISSET IBARRA VÉLEZ. Bogotá D.C., diecisiete (17) de octubre de dos mil diecisiete (2017). Radicado No. 190012333000201300214 01 No. Interno: 1392-2016

¹⁷ CONSEJO DE ESTADO- SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO- SECCIÓN SEGUNDA- SUBSECCIÓN B- Consejera ponente: SANDRA LISSET IBARRA VÉLEZ- Bogotá D.C., veintidós (22) de febrero de dos mil dieciocho (2018).- Radicación número: 68001-23-33-000-2014-00062-02(1412-17)

¹⁸ Fl. 25 C1

“Son beneficiarios de la pensión de sobrevivientes:

*a) En forma vitalicia, el cónyuge o la compañera o compañero permanente o supérstite, siempre y cuando dicho beneficiario, a la fecha del fallecimiento del causante, tenga 30 o más años de edad. En caso de que la pensión de sobrevivencia se cause por muerte del pensionado, el cónyuge o la compañera o compañero permanente supérstite, **deberá acreditar** que estuvo haciendo vida marital con el causante hasta su muerte y haya convivido con el fallecido no menos de cinco (5) años continuos con anterioridad a su muerte;... ”-sft-*

§48. La Corte Constitucional, citando a la Corte Suprema de Justicia¹⁹, recalcó que la convivencia debe demostrarse como el auxilio mutuo, entendido como acompañamiento espiritual permanente, apoyo económico y con vida en común que se satisface cuando se comparten los recursos que se tienen. Por lo tanto, no se entiende la convivencia por el solo hecho de mantener el vínculo matrimonial vigente:

“Primer requisito: haber hecho vida marital con el causante hasta su muerte. La vida marital consiste en la prueba de la convivencia efectiva, real y material entre el causante y el cónyuge o compañero. La jurisprudencia constitucional ha señalado que, según lo dispuesto por el artículo 47 original de la Ley 100 de 1993, el factor determinante para establecer qué persona tiene derecho a la sustitución pensional en casos de conflicto entre el cónyuge supérstite y la compañera o compañero permanente es el compromiso de apoyo afectivo y de comprensión mutua existente entre la pareja al momento de la muerte de uno de sus integrantes. En el mismo sentido, la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia ha precisado que: (i) no existe una preferencia prima facie de la cónyuge supérstite sobre la compañera permanente, por el solo hecho de mantener el vínculo matrimonial vigente, sino que debe acreditarse la convivencia efectiva, real y material entre la pareja, y no tanto la naturaleza jurídica del vínculo que se tenga, y (ii) la convivencia excede la concepción meramente formal relativa a la cohabitación en el mismo techo y se predica de quienes además, han mantenido vivo y actuante su vínculo mediante el auxilio mutuo (...) entendido como acompañamiento espiritual permanente, apoyo económico y con vida en común que se satisface cuando se comparten los recursos que se tienen, (...) aún en la separación cuando así se impone por fuerza de las circunstancias, ora por limitación de medios, ora por oportunidades laborales” (SU-108/2020)-sft-

§49. La demandante pretende que se tenga por configurada la convivencia con la causante, por la vigencia del vínculo matrimonial en el tiempo, por la procreación de hijos, y la declaración notarial que allegó al trámite administrativo.

¹⁹ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA- SALA DE CASACIÓN LABORAL- Radicación No. 34648- Magistrado Ponente: FRANCISCO JAVIER RICAURTE GÓMEZ. Bogotá, D.C., dieciséis (16) de febrero de dos mil diez (2010).

§50. En torno a si es suficiente tener por demostrada alguna convivencia con la procreación de hijos, la Corte Suprema de Justicia estimó que no era bastante, porque: “... *De otro lado, si bien es cierto que el ISS, en la misma resolución antecitada, reconoció que la demandante había procreado, en el poco tiempo de convivencia, dos hijos con el causante, tal circunstancia no la eximía de demostrar un tiempo mínimo de cinco años como lo prevé la norma actual, con las reformas introducidas por el artículo 13 de la Ley 797 de 2003, pues la salvedad de la procreación que tenía el antiguo artículo 47 fue eliminada en el actual texto, de donde no cabe concluir otra cosa que la decisión de primer grado debe ser revocada, para, en su lugar absolver a la entidad demandada de todas las pretensiones de la actora.*”²⁰

§51. Respecto a la declaración ante notario que rindieron conjuntamente tres personas, se considera lo siguiente:

§51.1. La declaración notarial se hizo para ser presentado en trámites legales, bajo la gravedad del juramento, sin citación de la contraparte.

§51.2. El artículo 188 del CGP permite que se reciba estas declaraciones ante notario, y son motivo de ratificación si la parte contra quien se aduce solicita. Pero si el testigo no concurre a la audiencia de ratificación, pierden valor.

§51.3. Al efecto, las partes demandante y demandada expresamente solicitaron la declaración de quienes rindieron testimonio ante el notario. Como no se pudo lograr su comparecencia, la declaración notarial que rindieron no tiene valor probatorio.

§52. En síntesis, la parte demandante no allegó alguna prueba de la convivencia que tuvo con el causante de la pensión, durante todo el tiempo de duración del vínculo matrimonial.

§53. Por lo que la actora no demostró los supuestos de hecho que exige el artículo 47 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 13 de la Ley 797 de 2003, esto es la convivencia que tuvo con el causante, para ser beneficiaria de la pensión de sobrevivientes.

§54. De esta forma, habrá de confirmarse la sentencia de primera instancia.

2.8. Costas en esta Instancia

§55. Con base en el artículo 365 del CGP, aplicable por virtud del precepto 188 de la Ley 1437 de 2011 y el artículo 47 de la Ley 2080 de 2021, dado que la demanda se presentó con fundamentos jurídicos, no se condenará en costas.

²⁰ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA- SALA DE CASACIÓN LABORAL- Radicación No. 34648- Magistrado Ponente: FRANCISCO JAVIER RICAURTE GÓMEZ. Bogotá, D.C., dieciséis (16) de febrero de dos mil diez (2010).

§56. En mérito de lo expuesto, la Sala de Decisión del Honorable Tribunal Administrativo de Caldas, administrando Justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

SENTENCIA

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia del tres (03) de octubre de 2018 proferida por el Juzgado Quinto Administrativo del Circuito de Manizales, en el proceso de nulidad y restablecimiento del derecho interpuesto por **MARÍA ELSA GIRALDO DE JIMÈNEZ** contra del **MUNICIPIO DE NEIRA**.

SEGUNDO: No condenar en costas a la parte apelante.

TERCERO: Ejecutoriado el veredicto, háganse las anotaciones respectivas y archívese.

**Notifíquese y Cúmplase
Los Magistrados**



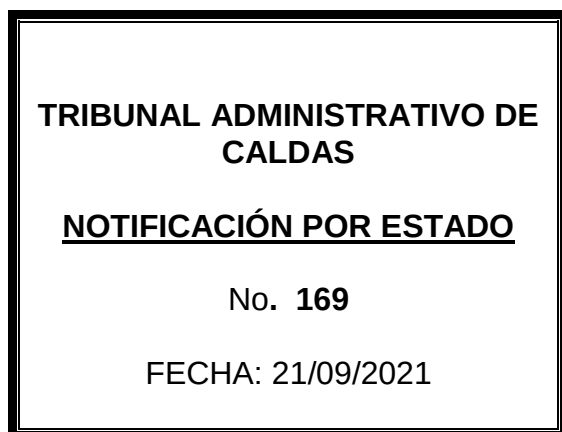
PUBLIO MARTÍN ANDRÉS PATIÑO MEJÍA



CARLOS MANUEL ZAPATA JAIMES
Magistrado



**PATRICIA VARELA CIFUENTES
Magistrada**



Firmado Por:

Publio Martin Andres Patiño Mejia
Magistrado
Mixto 006
Tribunal Administrativo De Manizales - Caldas

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica, conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

Código de verificación:
897ba88acb12b45e3ee822197b4c9c25ab92f803633a04baefa25e1685ae3e21
Documento generado en 20/09/2021 11:01:52 AM

Valide este documento electrónico en la siguiente URL:
<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>

**República de Colombia
Rama Judicial**



**Honorable Tribunal Administrativo de Caldas
Sala sexta de decisión
Magistrado ponente: Publio Martín Andrés Patiño Mejía**

Sentencia De Segunda Instancia

Acción: Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Demandante: Gloria Teresa Gómez Arias
Demandado: Gobernación de Caldas – Nación-Ministerio de Educación- Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio-FOMAG
Radicado: 17-001-33-33-002-2016-00343-02
Acto judicial: Sentencia 101

Manizales, veinte (20) de septiembre de dos mil veintiuno (2021).

Proyecto discutido y aprobado en Sala de la presente fecha.

1. Asunto

§02. La sala dicta sentencia de segunda instancia en el medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho interpuesto por **GLORIA TERESA GÓMEZ ARIAS**, demandante, en contra de la **GOBERNACIÓN DE CALDAS - NACIÓN MINISTERIO DE EDUCACIÓN- FONDO DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO- FNPSM**, demandadas. El objeto de decisión es el recurso de apelación interpuesto por **la parte demandante** contra la sentencia dictada el 11 de mayo de 2020 por la Señoría del Juzgado Segundo Administrativo del circuito de Manizales, que negó las pretensiones.

2. Manifestación de impedimento de la Doctora Patricia Varela Cifuentes

§03. La Doctora Patricia Varela Cifuentes manifiesta su impedimento para conocer del proceso, conforme a los artículos 130 del CPACA y 150.2 del CGP, el cual señala como causa de recusación: *“Haber conocido del proceso en instancia anterior, el juez, su cónyuge o alguno de sus parientes indicados en el numeral precedente.”*. En efecto, la magistrada expuso que, en el ejercicio del cargo de Juez Segunda Administrativa de Caldas, emitió los autos preparatorios de las audiencias, dirigió la audiencia inicial donde se decidieron excepciones previas y dictó la sentencia objeto del recurso de apelación.

§04. La sala considera que la manifestación cumple con los supuestos para la configuración de la causa de impedimento, toda vez que la magistrada cuando ejerció el cargo de juez expidió actos sustanciales para la decisión del juicio, por lo que se acepta su impedimento y se declara separada del estudio del caso.

3. Antecedentes

3.1. La demanda que solicita el reconocimiento del sobresueldo de maestro en práctica docente¹

§05. La actora pretende que se ordene la nulidad de la Resolución 1473 -6 del 22 de febrero de 2016 expedido por la secretaría de educación de la Gobernación de Caldas, mediante el cual se negó el reconocimiento y pago de sobresueldo por práctica docente.

§06. Como restablecimiento del derecho solicitó: (i) se reconozca, liquide y pague el sobresueldo como maestra de práctica docente del 15% sobre la asignación básica en la nómina mensual; (ii) se cancele el retroactivo dejado de percibir a partir del 1 de mayo de 2002; (iii) se reliquiden las prestaciones sociales desde el 1° de mayo de 2002, y se pague la diferencia entre lo recibido y lo que la accionante debió percibir; y, (iv) el pago de intereses, el cumplimiento de la sentencia y la cancelación de las costas, conforme a los artículos 192 a 195 de CPACA.

§07. En los hechos la actora precisó que fue nombrada en propiedad, en la escuela Policarpa Salavarrieta de Aránzazu, adscrita a la IE Escuela Normal Superior del Sagrado Corazón de Aránzazu, desde el 1 de febrero de 1973.

§08. Mediante Decreto 490 de 1979 se le nombró como maestra consejera y/o maestra en práctica docente.

§09. Que se ha desempeñado como maestra de práctica docente en forma continua e ininterrumpida. Y se le reconoció el sobresueldo por esta labor hasta el 1° de abril de 2002.

§10. Al momento de presentación de la demanda, es docente nacional, se encuentra prestando sus servicios en la Escuela Normal Superior del Sagrado Corazón de Aránzazu - Caldas y ejerce funciones de Maestra de Práctica Docente en educación básica primaria.

§11. El 18 de febrero de 2013 solicitó a las accionadas el reconocimiento del sobresueldo de maestro en práctica docente, que fue negado mediante el oficio SE-UAF-1445 del 18 de marzo de 2013.

§12. El 27 de enero de 2016 insistió en su petición, la cual fue negada mediante la Resolución 1473-6 del 22 de febrero de 2016.

§13. Como fundamentos de derecho se citó los artículos: 1, 2, 4, 6, 13, 25, 29, 53 y 58 de la CP; 115 de la Ley 115 de 1994; 2, 4 de la Ley 4 de 1992; 13 y 14 del Decreto 2713 de 2001.

¹ Fs. 1 a 16 C1

§14. Como sustento de la violación explicó la demandante que las condiciones salariales y prestacionales de un empleo público en un cargo debe preservarse mientras el funcionario permanezca en él. Así, el derecho al pago del 15% sobre el salario básico devengado por desempeñarse como maestro de práctica docente sigue siendo obligatorio siempre que los docentes sean nombrados u cumplan funciones propias de los maestros de práctica docente en establecimientos educativos de educación básica primaria. En consecuencia, los cambios normativos que desconozcan o afecten dicha condición favorable resultan ineficaces e infringen la ley 4 de 1992.

3.2. El departamento de Caldas contestó que el sobresueldo demandado no se reconoce desde 2002.²

§15. La entidad se opuso a las pretensiones, y solo admitió el hecho de la vinculación de la actora desde 1973.

§16. Como argumentos de defensa esgrimió que el sobresueldo a los maestros de práctica docente fue creado por el Decreto 386 de 1980, pero fue derogado por el Decreto 688 de 2002. Aunque sigue siendo obligatorio para quienes ya lo devengaran, mientras ejercieran las funciones en establecimientos educativos de básica primaria, anexos a establecimientos educativos de educación media en bachillerato pedagógico. Pero estos anexos desaparecieron cuando se reestructuraron las normales.

§17. Propuso los siguientes medios exceptivos:

§17.1. **Falta de Legitimación en la causa por pasiva:** Se explicó que de conformidad con el artículo 15 de la ley 91 de 1989, le corresponde al FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO el pago de las prestaciones y los salarios de los docentes.

§17.2. **Inexistencia de la obligación con fundamento en la ley:** Indicó que el pago del porcentaje adicional del 15% para maestros de práctica docente ya no se reconoce desde 2002.

3.3. El FOMAG no contestó la demanda³

§18. Por decisión dictada en la audiencia inicial, se dispuso la vinculación de la Nación- Ministerio de Educación – FOMAG.⁴ Esta entidad no contestó la demanda, pero acudió a la continuación de la audiencia inicial.

3.4. La sentencia que negó las pretensiones⁵

§19. La sentencia se pronunció de la siguiente manera:

² Fs. 42 a 44 C1

³ Fs. 42 a 44 C1

⁴ F. 62. C.19.

⁵ Fs. 81 a 87 C1

“PRIMERO: DECLÁRASE FUNDADA la excepción formulada por el Departamento de Caldas denominada "Falta de legitimación en la causa por pasiva".

SEGUNDO: NEGAR las pretensiones de la demanda conforme a lo expuesto en las consideraciones de la sentencia.

TERCERO: CONDENAR EN COSTAS a la parte demandante, en favor del DEPARTAMENTO DE CALDAS, en los términos indicados en la parte motiva... ”.

§20. Inicialmente, se declaró probada la excepción de falta de legitimación por pasiva formulada por la gobernación de Caldas.

§21. El juzgado planteó los siguientes problemas jurídicos:

¿La demandante tiene derecho al reconocimiento y pago del 15% de sobresueldo por enseñanza en práctica docente, y como consecuencia de ello, a la reliquidación de sus prestaciones sociales?

Para resolver dicho debate, se plantearon los siguientes problemas jurídicos:

¿Cuál es el presupuesto legal para el reconocimiento del 15% de sobresueldo por enseñanza en práctica docente?

¿La demandante acredita los requisitos para dicho reconocimiento?

¿En caso de prosperar la demanda, a cuál de las demandadas le corresponde el reconocimiento de lo reclamado?

§22. El juzgado referenció el marco normativo del sobresueldo de los maestros de práctica docente: (i) el artículo 4º del Decreto 386 de 1980 creó el sobresueldo; (ii) el artículo 18 del Decreto 52 de 1994 mantuvo el sobresueldo siempre que los docentes nombrados como maestros de práctica docente ejercieran las funciones de dicho cargo en establecimientos de educación primaria, anexos a establecimientos de educación media de bachillerato pedagógico; y, (iii) Por los artículos 1º del Decreto 2903 de 1994 como 2º del Decreto 968 de 1995 se reestructuró las normales dos especies: escuelas normales o instituciones educativas, y la función de maestro en práctica docente desapareció a partir de 1997.

§23. En el caso concreto se estimó que la demandante demostró que ocupó un cargo de docente de básica primaria, pero no de maestra de práctica docente, en los establecimientos educativos de educación básica primaria, anexos a establecimientos educativos de educación media en bachillerato pedagógico, modalidad educativa que desapareció pues las normales superiores que lo brindaban debieron reestructurarse.

§1.4.5. Agregó que se certificó que la demandante fue *docente facilitadora* de los estudiantes en formación, denominación que no corresponde con la de maestra de práctica docente, como debe aparecer en el ejercicio de sus funciones si en realidad fungiera como tal.

3.5. La demandante en la apelación insistió que tiene derecho al sobresueldo por seguir ocupando el cargo de maestra en práctica docente⁶

§24. La parte demandante solicitó que se revoque la sentencia con apoyo en los siguientes argumentos:

§25. La actora fue nombrada en propiedad como docente para ejercer las funciones de maestra en práctica docente, lo cual siguió desempeñando.

§26. Aunque la certificación del rector de la institución donde presta los servicios la accionante, señaló que funge como “*docente facilitadora*”, esto no desdibuja las funciones que ejerció la demandante, por la primacía de la realidad sobre las formalidades.

§27. Los artículos 115 de la Ley 115 de 1994, 2, 4 de la Ley 4ª de 1992, 53 y 58 de la CP prohíben que se desmejore las condiciones laborales de los educadores.

§28. De hecho, las funciones de la demandante como en maestra en práctica docente se infieren de la certificación de la institución educativa que señala que la actora “... *coopera con los estudiantes de práctica docente, tanto del grado UNDÉCIMO de EDUCACIÓN MEDIA CON PROFUNDIZACIÓN EN PEDAGOGÍA, así como de los estudiantes del programa de FORMACIÓN COMPLEMENTARIA – NORMALISTA SUPERIOR*”, en favor de la I.E. Escuela Normal Superior Sagrado Corazón de Aránzazu.

§29. Epilogó que no es cierto que la demandante ocupó el cargo de docente de básica primaria, sino de maestra de práctica docente, manifestando que la señora Gloria Teresa Gómez Arias, siempre ha trabajado enseñando en básica primaria, en la misma Escuela Policarpa Salavarrieta, por lo que tiene derecho al elemento salarial demandado.

3.6. Alegatos de segunda instancia

§30. **La parte demandante** ratificó los argumentos esbozados tanto en las alegaciones de primera instancia como en la sustentación del recurso de apelación.

§31. **La gobernación de Caldas:** En sus alegatos reiteró los argumentos expuestos en la contestación de la demanda, y solicitó que se nieguen las pretensiones de la parte actora.

§32. **Concepto del Ministerio Público:** Coincide con el análisis jurídico hecho por el juzgado, en especial la demandante no demostró que hubiera sido nombrada como maestra en práctica docente, y la certificación del rector señaló que cumplía funciones de docente facilitadora, por lo que conceptuó que debe confirmarse la sentencia de primera instancia.

⁶ 26 memorial sustentación apelación Fs. 12

4. Consideraciones

4.1. Competencia

§33. Corresponde a la Sala decidir el recurso de apelación, conforme al artículo 153 del CPACA⁷. los argumentos de los apelantes, los principios de congruencia, las normas o los principios previstos en la Constitución Política, los compromisos vinculantes asumidos por el Estado y las normas legales de carácter imperativo.

4.2. Problemas jurídicos

§34. ¿La docente GLORIA TERESA GÓMEZ ARIAS reúne los requisitos para ser beneficiaria del sobresueldo de maestra en práctica docente?

§35. En caso afirmativo, ¿Se configuró la prescripción de los derechos y que alcance tiene?

4.3. Lo demostrado en el proceso

§36. Mediante la Resolución 69 del 12 de febrero de 1973, la señora Gloria Teresa Gómez Arias, fue nombrada *seccional* en la Escuela Rural El Perro del municipio de Salamina, cargo del cual tomó posesión el día 17 de febrero de 1973 /fls. 86 a 90/.

§37. Por el Decreto 083 de 1975 se trasladó a la actora a *seccional* de la escuela urbana de Salamina.

§38. Se allegó con la demanda una copia de las hojas 3 a 5 de un(os) decreto(s) de 1979 del departamento de Caldas, con números ilegibles. Solo la hoja 3 aparece manuscrito encima el número “490”. En dicha hoja 3 se habría hecho el nombramiento de la actora como maestro consejero. Este documento no puede tenerse como prueba, dada sus condiciones incompletas, no existe certeza si las dos hojas pertenecen al mismo acto, y de ilegibilidad con que fueron aportados, como por tener agregados manuscritos. Además, el juzgado como prueba de oficio ordenó a la gobernación que reuniera todos los actos de nombramiento y posesión de la accionante, y de los que se allegaron no aparece algún acto que haya nombrado a la actora como maestra consejera o en práctica docente. La parte demandante en el traslado documental omitió pronunciarse al respecto.

§39. A través del Decreto 01120 del 27 de diciembre de 2004, la docente Gloria Teresa Gómez Arias fue incorporada a la planta de personal docente del Departamento de Caldas y mediante acta de posesión 0612 del 27 de enero de 2005, tomó posesión del cargo de **docente** en la Escuela Normal Superior Sagrado Corazón del Municipio de Aránzazu /fls. 95 a 98/.

⁷ http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/ley_1437_2011_pr003.html#153

§40. Mediante Resolución No 9043-6 del 31 de octubre de 2016, se aceptó la renuncia presentada por la docente Gloria Teresa Gómez Arias a partir del 4 de noviembre de 2016. En esta resolución se indica que la demandante renunció al cargo de **docente** en propiedad en la Institución Educativa ESCUELA NORMAL SUPERIOR SAGRADO CORAZÓN del municipio de Aranzazu- Caldas.

§41. El Rector de la Institución Educativa Escuela Normal Superior Sagrado Corazón del Municipio de Aránzazu, certificó que la señora Gloria Teresa Gómez Arias, se desempeñó como **docente** de básica primaria en la Escuela Policarpa Salavarrieta. Así mismo, atestó que la docente cada año, cumplió con la función de Docente Facilitadora. /fl. 20/.

§42. Por medio de la Resolución 1473 -6 del 22 de febrero de 2016, la Secretaría de Educación de la gobernación de Caldas negó a la demandante el reconocimiento del sobresueldo de maestra en práctica docente.

§43. Mediante la Resolución 9043-6 del 31 de octubre de 2016 se aceptó la renuncia de la demandante, del cargo “*Grado: 14, Área: Básica Primaria, Nombramiento en Propiedad en la Institución Educativa ESCUELA NORMAL SUPERIOR SAGRADO CORAZON, del Municipio de ARANZAZU Caldas, a partir del 04 de noviembre de 2016.*”

4.4. Marco dogmático aplicable

4.4.1. Respeto a los derechos adquiridos

§44. El artículo 13 del Decreto 2713 de 2001 mantuvo el reconocimiento del sobresueldo a los docentes nombrados como maestros de práctica docente:

“(…) ARTÍCULO 13. A partir del 1o. de enero de 2001, quienes desempeñen los cargos directivos docentes que se enumeran a continuación, percibirán un porcentaje adicional, calculado sobre la asignación básica que les corresponda según el grado en el Escalafón Nacional Docente, conforme a lo señalado en el artículo 1o. del presente decreto, así:

(…)

o) Docentes nombrados como maestros de práctica docente en los establecimientos educativos de educación básica primaria, anexos a establecimientos educativos de educación media en bachillerato pedagógico, siempre y cuando ejerzan las funciones propias de este cargo y acrediten título docente, el 15%;

(…)

PARÁGRAFO 1o. En virtud de la nueva organización educativa creada por la Ley 115 de 1994, sólo quienes a 31 de diciembre de 1997 desempeñaban los cargos contemplados en los literales n), o) y p) del presente artículo, continuarán percibiendo el porcentaje

adicional allí definido, mientras continúen desempeñando en propiedad tales cargos. (...)”-sft-

§45. El artículo 14 del mismo Decreto 2713 de 2001 reiteró que los porcentajes fijados se reconocerán exclusivamente a los funcionarios allí mencionados, si ejercen las funciones propias de los cargos discriminados en cada uno de sus literales.

§46. El artículo 9º del Decreto 688 de 2002, “*Por el cual se modifica la remuneración de los servidores públicos sometidos al régimen especial del Estatuto Docente y se dictan otras disposiciones de carácter salarial para el sector educativo oficial*”, no previó la continuación del sobresueldo para los maestros en práctica docente. Pero el artículo 18 estableció:

“(...) **Artículo 18.** Los Directivos Docentes a quienes se reconoció remuneraciones adicionales antes de la publicación del presente decreto, con fundamento en el Decreto 2713 del 17 de diciembre de 2001, y no tienen derecho a ellas con base en esta disposición, las mismas no serán objeto de reintegro, pero deben suspenderse a partir de la fecha, a menos que los establecimientos educativos que dirigen se organicen de conformidad con lo dispuesto en el artículo 9º de la Ley 715 de 2001, en consonancia con el artículo 13 del Decreto 1860 de 1994 y las directrices impartidas por el Ministerio de Educación Nacional para la organización de las plantas de personal, ya que las remuneraciones adicionales de que trata el artículo 9º solo rigen a partir de la publicación del presente decreto (...).” (Subraya la Sala)

§47. Este artículo 18 fue declarado nulo por la sentencia del 13 de mayo de 2004⁸ del Consejo de Estado, porque vulneró el respeto de los derechos adquiridos instituido en el artículo 2º de la Ley 4ª de 1992:

“Por ello se debe entender que las condiciones salariales y prestacionales que un empleo público otorgue a quien lo ocupa, deben preservarse mientras el funcionario permanezca en él. En consecuencia, los cambios normativos que desconozcan o afecten dicha condición favorable resultan ineficaces e infringen la ley 4ª de 1992.

Con las precisiones anteriores se aborda el fondo del asunto sometido a juicio:

⁸ Sección Segunda. Sentencia del 13 de mayo de 2004, radicación número 11001-03-25-000-2002-0089-01(1194-02). C.P. Ana Margarita Olaya Forero

1. La remuneración adicional que el decreto 2713 de 2001 estipula tiene naturaleza salarial por ser un pago retributivo y habitual que constituye un ingreso personal del funcionario. 2. Dicha remuneración adicional se asigna en las normas pertinentes como un pago adicional que se causa mientras la persona ocupa el cargo directivo respectivo, según las voces del artículo 14 del decreto 2713 de 2001: "... Los porcentajes fijados se reconocerán exclusivamente a los funcionarios allí mencionados si ejercen las funciones propias de los cargos discriminados en cada uno de sus literales...". Es entonces una condición salarial favorable. 3. En consecuencia, mientras el funcionario ejerza el cargo relacionado en decreto 2713 de 2001, goza de la condición salarial favorable que dicha norma otorga para el cargo y ella no le puede ser desconocida por la administración.

[...]

Cosa diferente ocurre con el artículo 18 del decreto demandado. De su texto se observa que el Gobierno Nacional pretende condicionar el cumplimiento de una situación salarial favorable estipulada en la normatividad anterior para algunos directivos docentes, sometiendo dicha aplicación a circunstancias de orden administrativo.

Ello no resulta ajustado al contenido del literal a) del artículo 2º de la ley 4ª de 1992, que contempla una protección absoluta, es decir sin condiciones, de las situaciones salariales favorables definidas en normas anteriores, que por ser tales no puede ser desconocidas o condicionada en normas que se expidan con posterioridad.

Por todo lo anterior se accederá parcialmente a las súplicas de la demanda, declarando la nulidad del artículo 18 del decreto 688 de 2002, por no resultar ajustado a las directrices que el artículo 2º de la ley 4ª de 1992 establece y se denegaran las demás pretensiones en las condiciones señaladas en esta providencia (...)" (Subraya la Sala).

§48. Determinada así por la Jurisprudencia la ilegalidad de la restricción que quiso establecer el Decreto 688 de 2002, que condicionaba el cumplimiento de la situación salarial favorable consagrada en la normativa anterior para docentes y directivos docentes (esto es, el Decreto 2713 de 2001), y sometía su aplicación a circunstancias de orden puramente administrativo, es menester ahora estudiar si, en el caso concreto, la parte demandante cumple los requisitos establecidos en dicho Decreto, para tener derecho a percibir el sobresueldo reclamado.

4.4.2. El porcentaje de sobresueldo consagrado en el decreto 2713 de 2001

§49. El artículo 13 del Decreto 2713 de 2001, "Por el cual se modifica la remuneración de los servidores públicos sometidos al régimen especial del Estatuto Docente y se dictan otras disposiciones de carácter salarial para el sector educativo oficial", consagró un porcentaje adicional sobre la asignación básica equivalente al

15%, para los docentes nombrados como maestros de práctica docente en los establecimientos educativos de educación básica primaria, anexos a establecimientos educativos de educación media en bachillerato pedagógico, con la condición, igualmente inequívoca, de que ejercieran las funciones propias de este cargo y acreditaran título docente.

§50. De lo anterior se desprende que los requisitos que debe cumplir un docente para aspirar válidamente a devengar el sobresueldo bajo examen, son los siguientes:

§50.1. Que se tratara de docentes nombrados como maestros de práctica docente.

§50.2. Que el nombramiento se hiciese en establecimientos educativos de educación básica primaria, anexos a establecimientos educativos de educación media en bachillerato pedagógico.

§50.3. Que ejercieran efectivamente las funciones propias del cargo y acreditaran título docente.

§51. Conforme lo estableció el párrafo 1º del artículo 13 del Decreto 2713 de 2001, sólo quienes a 31 de diciembre de 1997 desempeñaban el cargo contemplado en el literal o) del mencionado artículo (maestros de práctica docente), continuarían percibiendo el porcentaje adicional allí definido, mientras continuaran desempeñando en propiedad tales cargos.

§52. La Sección Segunda del Consejo de Estado, en sentencia proferida en asunto de nulidad y restablecimiento del derecho, de antecedentes fácticos y normativos semejantes al que ocupa hoy la atención de la Sala, señaló⁹:

“(...) 2.1. El estímulo creado en las normas que fijaron la asignación salarial para los maestros de práctica docente solo pudo causarse mientras los respectivos maestros cumplían dicha función. Si ella se dejaba de realizar por cualquier causa, desaparecía por sustracción de materia e ipso facto el estímulo.

Nótese al respecto que las normas que crearon el sobresueldo condicionaron su pago, al estipular que este solo se daba “...siempre y cuando ejerzan las funciones propias de ese cargo...”, y por ello mientras la condición estuviera pendiente (sin ocurrir) cada mes, no se causaba el derecho al sobresueldo.

En consecuencia cuando no se ha desarrollado la función de maestro de práctica docente, el estímulo o sobresueldo no se puede entender como un derecho adquirido cuya revocación requiera del consentimiento del servidor, -como lo afirma la demanda-, ni se le puede entender como una condición salarial que no se puede afectar o desmejorar –tal como el artículo 115 de la ley 115 de 1994 estipula-, porque tal condición no se habrá causado.

⁹ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Subsección “A”. C.P. Dra. Ana Margarita Olaya Forero. Sentencia de fecha dos (2) de febrero de dos mil seis (2006). Radicación número: 15001-23-31-000-2001-00153-01(3545-05). Actor: ROSALBA VALDERRAMA OCHOA. Demandado: DEPARTAMENTO DE BOYACA.

2.2. La función de maestro de práctica docente en establecimientos de educación básica primaria anexos a instituciones que otorgan el título de bachillerato pedagógico, desapareció a partir del momento en que las escuelas Normales se reestructuraron en cumplimiento de lo que ordenó la ley 115 de 1994, pues una vez reestructurados dichos establecimientos educativos, no eran “establecimientos educativos de educación media en bachillerato pedagógico”, dentro de las cuales se cumplía la función de maestro de práctica docente que se remuneraba con el estímulo deprecado.

2.3. El párrafo transcrito en párrafos anteriores, por el cual se creó una especie de transición en el régimen del sobresueldo demandado, ratifica las anteriores conclusiones al estipular que solo continuaran recibiendo el porcentaje adicional los docentes “...mientras continúen desempeñando en propiedad tales cargos...”.

Al respecto se debe recordar que un “cargo” o empleo, según lo define el artículo 122 de la Constitución Política solo existe en la medida en que tenga asignadas unas funciones por la ley o el reglamento. Por ello aunque el nombramiento se haya realizado para unas determinadas funciones y con un determinado nombre, cuando las funciones cambian el empleo o “cargo” habrá mutado a otro, aunque su nombre no haya variado.

Se observa del documento visible a folio 53 del expediente que la entidad a la que prestaba sus servicios la actora se reestructuró mediante la resolución 3057 de 15 de julio de 1996 y dejó por ello de ser “establecimiento educativo de educación media en bachillerato pedagógico”, lo que impedía a la demandante a partir de tal fecha cumplir la función que daba derecho al sobresueldo que reclama.

No se logró entonces desvirtuar la presunción de legalidad del acto administrativo que negó el derecho deprecado lo que impone confirmar la sentencia apelada que denegó las súplicas de la demanda (...) (Subraya la Sala)

§53. Conforme a lo anterior, este Tribunal en antecedente del 28 de junio de 2010¹⁰, con ponencia del Doctor Jairo Ángel Gómez Peña sostuvo:

“En conclusión, el derecho al pago del 15% sobre el salario básico devengado, por desempeñarse como maestro de práctica docente pervive, siempre que los docentes no sólo estén nombrados, sino que cumplan funciones propias de los maestros de práctica docente en establecimientos educativos de educación básica primaria, anexos a establecimientos educativos de educación media en bachillerato pedagógico.”

¹⁰ Radicado 17001 33 31 001 2006 00828 01

4.5. Caso concreto

§54. Para resolver el presente asunto, se revisarán a continuación los hechos acreditados y se determinarán las consecuencias que correspondan teniendo en cuenta los elementos fácticos y jurídicos reseñados.

4.5.1. El nombramiento como maestra de práctica docente.

§55. Consta en el expediente que la docente ha sido nombrada y trasladada a diversos cargos, sin que se haya demostrado que fue nombrada como maestra en práctica docente:

§55.1. Por la Resolución 69 del 12 de febrero de 1973, la actora fue nombrada **seccional** en la Escuela Rural El Perro del municipio de Salamina, cargo del cual tomó posesión el día 17 de febrero de 1973 /fls. 86 a 90/.

§55.2. Por el Decreto 083 de 1975 se trasladó a la actora a **seccional** de la escuela urbana de Salamina.

§55.3. A través del Decreto 01120 del 27 de diciembre de 2004, la docente Gloria Teresa Gómez Arias fue incorporada a la planta de personal docente del Departamento de Caldas y mediante acta de posesión No 0612 del 27 de enero de 2005, tomó posesión del cargo de **docente** en la Escuela Normal Superior Sagrado Corazón del Municipio de Aránzazu /fls. 95 a 98/.

§55.4. Mediante la Resolución 9043-6 del 31 de octubre de 2016 se aceptó la renuncia de la demandante, del cargo “**Docente de Aula**. Grado: 14, Área: Básica Primaria, Nombramiento en Propiedad en la Institución Educativa ESCUELA NORMAL SUPERIOR SAGRADO CORAZON, del Municipio de ARANZAZU Caldas, a partir del 04 de noviembre de 2016.

§56. De la siguiente manera, la actora no demostró que fue nombrada como maestra de práctica docente.

4.5.2. El ejercicio efectivo de funciones de maestra de práctica docente.

§57. En torno a este tópico se allegó un certificado del Rector de la Institución Educativa Escuela Normal Superior Sagrado Corazón del Municipio de Aránzazu, que informó que la señora Gloria Teresa Gómez Arias se desempeñó como **docente de básica primaria** en la Escuela Policarpa Salavarrieta. Así mismo, precisó que “... cumple con la función de Docente Facilitadora, donde recibe y coopera con los estudiantes de práctica docente, tanto del grado UNDECIMO de EDUCACIÓN MEDIA CON PROFUNDIZACIÓN EN PEDAGOGÍA, así como de los estudiantes del programa de FORMACION COMPLEMENTARIA - NORMALISTA SUPERIOR.”

§58. Esta atestación solo indica que la actora es **docente** de básica primaria, y tiene una función de docente facilitadora, sin precisar en qué consisten pormenorizadamente sus actividades.

§59. De esta manera, la parte demandante no evidenció que hubiera sido nombrada como maestra de práctica docente, ni que desarrollara funciones de maestra de práctica docente, por lo que no demostró el segundo supuesto para acceder a las pretensiones.

§60. En conclusión, se confirmará la sentencia de primera instancia.

4.6. Costas

§61. Conforme al artículo 47 de la Ley 2080 de 2021, no fue presentada con una ostensible falta de fundamento legal, no se condenará en costas de esta instancia. Por la misma razón se revocará el numeral tercero de la sentencia de primera instancia.

§62. Por lo discurrido, la sala sexta de decisión del Tribunal Administrativo de Caldas, administrando Justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

SENTENCIA

PRIMERO: Aceptar el impedimento manifestado por la Doctora Patricia Varela Cifuentes para conocer del proceso.

SEGUNDO: Revocar el numeral tercero de la sentencia de primera instancia proferida por el Juzgado Segundo Administrativo del Circuito de Manizales el día 11 de mayo de 2020, en el proceso de **NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO** promovido por la señora **GLORIA TERESA GÓMEZ ARIAS** contra el **DEPARTAMENTO DE CALDAS** y la **NACIÓN MINISTERIO DE EDUCACIÓN-FNPSM**.

TERCERO: Confirmar en lo demás la sentencia de primera instancia.

CUARTO: Sin costas.

QUINTO: NOTIFÍQUESE conforme lo dispone el artículo 203 del CPACA.

Notifíquese y Cúmplase

Los Magistrados



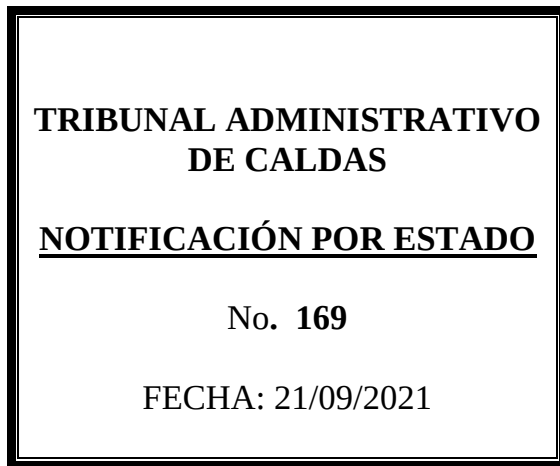
PUBLIO MARTÍN ANDRÉS PATIÑO MEJÍA



CARLOS MANUEL ZAPATA JAIMES
Magistrado



PATRICIA VARELA CIFUENTES
Magistrada



Firmado Por:

Publio Martin Andres Patiño Mejia

Magistrado

Mixto 006

Tribunal Administrativo De Manizales - Caldas

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica, conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

Código de verificación:

d7f5dd2181a47529d552697fee3f25c5bd8367e51d48b52f1bdeed9179c6266f

Documento generado en 20/09/2021 11:02:16 AM

Valide este documento electrónico en la siguiente URL:

<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>

**REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL**



**HONORABLE TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS
Sala de Decisión
Magistrado Ponente: Publio Martín Andrés Patiño Mejía**

SENTENCIA DE SEGUNDA INSTANCIA

ACCIÓN:	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
DEMANDANTE:	MIGUEL HERNANDO FONSECA MAYORGA.
DEMANDADO:	UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL - UGPP
LLAMADO EN GARANTÍA:	MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL
RADICACIÓN:	17001-33-39-008-2016-00370-03
Acto judicial:	Sentencia 089

Manizales, veinte (20) de septiembre de dos mil veintiuno (2021).

Proyecto discutido y aprobado en Sala de la presente fecha.

ASUNTO

§01. Procede la Sala del Tribunal Administrativo de Caldas a resolver el recurso de apelación interpuesto por **la parte demandante** contra la sentencia dictada el 05 de agosto de 2019 por la Señoría del Juzgado Octavo Administrativo del Circuito de Manizales, en el proceso de nulidad y restablecimiento del derecho interpuesto por **MIGUEL HERNANDO FONSECA MAYORGA**, en contra de la **UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL EN ADELANTE – UGPP** -, que negó la reliquidación de los factores salariales devengados en el último año de servicios.

ANTECEDENTES

1.1. LA DEMANDA ¹

§02. Se pretende la nulidad de las **Resoluciones RDP 59710 del 26 de diciembre de 2007, RDP 038736 del 22 de septiembre de 2007, RDP0008760 del 26 de febrero de 2016 y RDP 010151 del 04 de marzo de 2016**, que negaron en vía administrativa

¹ Fs.02 a 11 C1.

y en apelación la reliquidación de la pensión de la parte demandante con la inclusión de todos los factores salariales devengados en el último año de servicio.

§03. A título de restablecimiento del derecho, se ordene a la parte demandada (i) Reliquidar y pagar la pensión de jubilación, en cuantía del 75% del promedio de la totalidad de los factores salariales devengados en el año inmediatamente anterior a la fecha de retiro del servicio; (ii) Pagar las sumas adeudadas debidamente indexadas; (iii) dar cumplimiento a la sentencia en los términos del artículo 192 del CPACA.

§04. En los hechos precisó que **MIGUEL HERNANDO FONSECA MAYORGA**, laboró al servicio del Banco Popular durante el periodo comprendido entre el 11 de agosto de 1970 y el 20 de julio de 1971 y al servicio del Ministerio de Educación, en el cargo de auxiliar administrativo entre el 05 de abril de 1972 y el 19 de enero de 2014.

§05. El demandante nació el 15 de septiembre de 1949, por lo que cumplió 55 años de edad el 15 de septiembre de 2004.

§06. Que le fue reconocido el derecho a la pensión de jubilación, a través de la Resolución 59710 del 26 de diciembre de 2007 a partir del 01 de julio de 2005.

§07. El 23 de enero de 2015 el demandante solicitó la reliquidación de la pensión, la cual fue concedida por medio de la Resolución RDP 038736 del 22 de septiembre de 2015, con el promedio de lo devengado en los últimos diez años anteriores del retiro.

§08. A través de las Resoluciones RDP 008760 del 26 de febrero de 2016 y RDP 010151 del 04 de marzo de 2016, se decidieron respectivamente, los recursos de reposición y apelación, confirmando la Resolución RDP 038736.

§09. Indicó que, durante el último año de servicio recibió como contraprestación a sus servicios los siguientes factores salariales: asignación básica, prima de antigüedad, prima técnica, sueldo vacaciones, prima vacaciones, prima de servicios y prima de navidad.

§10. Como fundamentos de derecho invocó los artículos 1, 2, 13, 48 y 53 de la CP, 1º de la Ley 33 de 1985, y 1º de la Ley 62 de 1985.

§11. Como concepto de violación precisó que la entidad accionada con la expedición de las Resoluciones 008760 del 26 de febrero de 2016 y 010151 del 04 de marzo de 2016, se violó flagrantemente los derechos fundamentales del demandante, pues al liquidar la mesada pensional no se incluyó en la liquidación el Ingreso Base de Liquidación -IBL- todos los factores salariales percibidos en el último año de servicio, para ello citó la Ley 33 y 62 de 1985, en efecto, manifestó que se desmejoró de forma ostensible la mesada pensional, en razón de que la demandada aplicó un aparte de la Ley 33 de 1985 y otra de la Ley 100 de 1993 al momento de reconocer la pensión al accionante.

§12. Adujó que es beneficiario del Régimen de Transición y debe aplicársele el régimen contenido en la Ley 33 de 1985, pero para la liquidación de la mesada pensional no se le promedió lo devengado con todos los factores salariales en el último año de servicios.

1.2. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA UGPP ²

§13. Aceptó los hechos referidos a los actos administrativos que concedieron la pensión, resolvieron la petición de reliquidación, y se opuso a las pretensiones.

§14. Propuso como medios exceptivos:

§14.1. **INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN Y COBRO DE LO NO DEBIDO:** Manifestó que el demandante adquirió el status jurídico de pensionado en vigencia de la Ley 100 de 1993, por lo que la liquidación se hace conforme a los artículos 33 y 34, con los factores salariales contemplados en el Decreto 1158 de 1994.

§14.2. **PRESCRIPCIÓN:** Solicitó la prescripción de conformidad con lo dispuesto en el Decreto 1848 de 1969 reglamentario del Decreto 3135 de 1968 y en los artículos 488 del C. S. del T. y el 151 del C. P. del T.

§14.3. **GENÉRICA.**

§15. Llamó en garantía al Ministerio de Educación Nacional, lo cual fue negado por auto del 14 de septiembre de 2017, y confirmado por este Tribunal el 04 de abril de 2018.

1.3. Sentencia de primera instancia³

§16. La sentencia negó las pretensiones de la siguiente manera:

“PRIMERO: DECLARAR PROBADA la excepción de INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN Y COBRO DE LO NO DEBIDO, por lo expuesto en la parte considerativa de esta providencia.

SEGUNDO: NEGAR las pretensiones de la demanda.

TERCERO: COSTAS a cargo de la PARTE DEMANDANTE, cuya liquidación y ejecución se harán en la forma dispuesta en el artículo 366 del Código General del Proceso. Se fijan en agencias del derecho por valor de \$100.000, de3 acuerdo con lo prescrito en el Acuerdo N° PSAA16-10554 de agosto 5 de 2016, (...)”

§17. Una vez expuestos los fundamentos fácticos y jurídicos contenidos en la demanda y la contestación, consideró como problema jurídico a determinar:

¿Tiene derecho el demandante a que se reliquide su pensión de vejez con base en el 75% de todos los factores salariales devengados en el último año de servicio anterior a la fecha del retiro? ”

² Fs. 98 a 115 C1.

³ Fs. 171 a 175 C1

§18. Una vez analizadas las pruebas allegadas al plenario, el juzgado concluyó que a la parte actora le fue reconocida la pensión mediante la Resolución 59710 del 26 de diciembre de 2007, en cuantía de \$ 680.849. Luego, se reliquidó la pensión al retiro definitivo, con la Resolución RDP 038736 del 22 de septiembre de 2015, elevando la misma a la suma de \$952.567. El actor contra dicho acto interpuso recurso de reposición y en subsidio el de apelación, decididos mediante Resolución RDP 008760 de 26 de febrero de 2016 y Resolución RDP 010151 del 04 de marzo de 2016 confirmando el acto atacado.

§19. Señaló que la pensión fue liquidada con base al promedio de lo devengado o cotizado durante los últimos diez (10) años, actualizado anualmente con el IPC, de conformidad con lo dispuesto en el inciso tercero del artículo 36 de la Ley 100 de 1993.

§20. Precisó que no es posible acceder a la reliquidación de la pensión de la forma solicitada por el demandante, esto es, teniendo en cuenta el IBL consagrado en la Ley 33 de 1985, por cuanto el Despacho acoge plenamente lo establecido por el Consejo de Estado en la Sentencia de Unificación del 28 de agosto de 2018.

§21. Concluyó, que de acuerdo a lo consignado en los actos administrativos demandados, la UGGP tuvo en cuenta para la liquidación de la pensión lo prescrito en el inciso tercero del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, tal y como lo instituyó el Consejo de Estado, demostrando, además, que el IBL consagrado en esta norma resultaba más favorable al demandante que el establecido en la Ley 33 de 1985, el cual no es aplicable para quienes se encuentren cobijados por el régimen de transición por edad o tiempo de servicios.

1.4. Apelación del demandante⁴

§22. Solicitó se revoque la sentencia con apoyo en los siguientes argumentos:

§23. Expuso que le fue reconocida pensión de jubilación por parte de la accionada, aplicando la Ley 33 de 1985, por haberlo encontrado beneficiario de la transición contenida en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, pero para efectos de la liquidación obtuvo el ingreso base de liquidación a partir de lo señalado en el inciso 3 del artículo 36 de la Ley 100 de 1993.

§24. Insistió que se debe modificar la posición adoptada en torno al I.B.L. respecto del régimen de transición, por cuanto a todas luces resulta desfavorable para los intereses del pensionado que la liquidación de su pensión no se realice en torno a lo expresado en el artículo 1º de la Ley 33 de 1985, en sustento del artículo 53 de la norma superior, esto es la favorabilidad en materia pensional.

§25. Reprochó que no resulta aceptable la inseguridad jurídica a la que se ha llegado respecto si el I.B.L. hace parte del régimen de transición, en tanto a ciertos pensionados que demandaron tiempo atrás, les resultaron avante las pretensiones y a otros no.

⁴ Fs. 177 a 178 C1.

1.7. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN⁵

§26. La parte demandada presentó alegatos de conclusión, la parte demandante y el Ministerio Público permanecieron silente.

§27. **La demandada UGPP:** Rememoró los argumentos de la contestación, e indicó que según los lineamientos de la Sentencia SU 395 del 2017, la liquidación de pensiones de regímenes especiales solo puede incluir los factores salariales por los cuales se haya cotizado.

2. Consideraciones

2.1. Competencia

§28. Corresponde a la Sala decidir el recurso de apelación, conforme al artículo 153 del CPACA⁶. los argumentos de los apelantes, los principios de congruencia, las normas o los principios previstos en la Constitución Política, los compromisos vinculantes asumidos por el Estado y las normas legales de carácter imperativo⁷.

2.2. Problema Jurídico

§29. ¿Tiene derecho la parte demandante a que la UGPP le reliquide la pensión, teniendo en cuenta todos los factores salariales devengados durante el último año de servicios en aplicación de la ley 33 de 1985 y normas concordantes?

2.3. Lo demostrado en el proceso

§30. Al respecto no están en controversia estos puntos:

§30.1. El demandante nació el 15 de septiembre de 1949.⁸

§30.2. Según la certificación salarial el demandante laboró al servicio del Banco Popular durante el periodo comprendido entre el 11 de agosto de 1970 y el 20 de julio de 1971 y al servicio del Ministerio de Educación, en el cargo de Auxiliar Administrativo entre el 05 de abril de 1972 y el 19 de enero de 2014.⁹

§30.3. **Por la Resolución 59710 del 26 de diciembre de 2007** la Caja Nacional de Previsión Social reconoció pensión vejez al señor **MIGUEL HERNANDO FONSECA MAYORGA**, por haber adquirido el estatus pensional el **15 de**

⁵ Fs.4 a 8 C7

⁶ http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/ley_1437_2011_pr003.html#153

⁷ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 9 de febrero de 2012, exp. 21.060, M.P. Mauricio Fajardo Gómez. Reiterada en Sentencia de la Sala Plena de la Sección Tercera del 25 de septiembre de 2013. C.P. Enrique Gil Botero. Rad No. 05001-23-31-000-2001-00799-01(36460). En el mismo sentido sentencias 25279, 36.863 y 30.782

⁸ Fl.12 C1.

⁹ Fl.19 C1.

septiembre 2004, a partir del 1 de julio de 2005, liquidada con base en el 75% del promedio devengado sobre el salario de los 10 años.¹⁰

§30.4. **Por la Resolución RDP 038736 del 22 de septiembre de 2015** se negó la reliquidación de la pensión con la inclusión de todos los factores percibidos el último año de servicios.¹¹

§30.5. **Resolución RDP 008760 del 26 de febrero de 2016**, por medio de la cual se resuelve un recurso de reposición en contra de la resolución 38736 del 22 de septiembre de 2015¹².

§30.6. **Resolución RDP 010151 del 04 de marzo de 2016**, en la cual se resuelve un recurso de apelación en contra de la resolución **59710 del 26 de diciembre de 2007**, en la que se negó la reliquidación de una pensión de jubilación.¹³

§30.7. Certificado expedido por la Auxiliar Administrativo de la Jefatura Administrativa y Financiera de la Secretaria de Educación de Caldas, en la que consta que el señor **MIGUEL HERNANDO FONSECA MAYORGA**, prestó sus servicios a la entidad a cargo administrativo del nivel asistencial como Pagador en la Escuela Normal Superior de Manizales, sueldos percibidos y factores salariales devengados en los años 1991 hasta 2002, como: **sueldo, prima de antigüedad, horas extras, prima técnica, subsidio de alimentación, auxilio de transporte, bonificación de servicios prestados, prima de servicios, prima de vacaciones y prima de navidad.**¹⁴

§30.8. Certificación pago nivel salarial y homologación a partir del 11 de julio de 2002 hasta el 31 de diciembre de 2002, que formaron parte del I.B.C. por concepto de Sueldo, Bonificación por servicios prestados y horas extras.¹⁵

§30.9. Certificados mes a mes expedido el 24 de julio de 2014 por FED-Gobernación de Caldas, del 24 de julio de 2014, formato 3, donde consta que se tuvo en cuenta para la liquidación de pensiones la nivelación salarial por homologación de cargos administrativos del sector educación del demandante.

§30.10. Certificado de la secretaría de educación de la alcaldía de Manizales, donde consta que en el año 2015 se hicieron los aportes del pago de la homologación de cargos administrativos del sector educación del demandante.

2.1. Solución al problema jurídico: la procedencia de la reliquidación de la pensión de la parte demandante con los factores salariales percibidos en el último año de servicios.

§31. Conforme al artículo 36 de la Ley 100 de 1993¹⁶ quienes para la fecha de entrada en vigor del Sistema General de Pensiones de la Ley 100 de 1993, tuvieran

¹⁰ Fs. 13 a 18 C1.

¹¹ Fs. 22 a 23 C1.

¹² Fl 36-37

¹³ Fs.38 a 39 C1.

¹⁴ FS. 6 A 7 c4.

¹⁵ Fl. 9 C4.

¹⁶ “Régimen de Transición. La edad para acceder a la pensión de vejez, continuará en cincuenta y cinco (55) años para las mujeres y sesenta (60) para los hombres, hasta el año 2014, fecha en la cual la edad se incrementará en dos años, es decir, será de 57 años para las mujeres y 62 para los hombres.

35 o más años de edad si son mujeres, o 40 o más años de edad si son hombres, o 15 o más años de servicios cotizados, se les aplicará el régimen anterior al cual se hallaban afiliados, esto es, la edad para acceder a la prestación pensional, el tiempo de servicio y el monto de la prestación.

§32. Para la fecha de entrada en vigor de la Ley 100 de 1993, esto es, 1º de abril de 1994 (para empleados nacionales) o al 30 de junio de 1995 (para empleados territoriales).

§33. El Acto Legislativo 01 de 2005, que modificó el artículo 48 de la Constitución dispuso que *“El régimen de transición establecido en la Ley 100 de 1993 y demás normas que desarrollen dicho régimen, no podrá extenderse más allá del 31 de julio de 2010; excepto para los trabajadores que estando en dicho régimen, además, tengan cotizadas al menos 750 semanas o su equivalente en tiempo de servicios a la entrada en vigencia del presente acto legislativo, a los cuales se les mantendrá dicho régimen hasta el año 2014”*.

§34. Por lo que las personas cobijadas por el régimen de transición de la Ley 100 de 1993, que no consoliden su derecho pensional antes de las fechas de expiración antes mencionadas, dejan de ser sujetos de este régimen, y en consecuencia se registrarán por las normas de la Ley 100 de 1993.

2.1.1. Elementos del régimen de transición para tener en cuenta. Análisis jurisprudencial. Tesis acogida por el tribunal

§35. Con ocasión de la sentencia SU-230 de 2015 emanada de la Honorable Corte Constitucional, se ha generado una amplia discusión sobre si al régimen de transición pensional previsto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, es procedente incluir en el ingreso base de liquidación los factores salariales percibidos el último año de servicios. El Tribunal Administrativo de Caldas¹⁷ evaluó los pronunciamientos por los Altos Tribunales Constitucional y Administrativo, acogiendo la de esta última expuesta en las sentencias de unificación del 4 de agosto de 2010, del 25 de febrero de 2016, de extensión de jurisprudencia del 24 de noviembre de 2016 y del 9 de febrero de 2017. En estas sentencias se indicaba que el monto de la pensión comprende el IBL del último año de servicios y el porcentaje asignado por la ley, siendo la única excepción las pensiones de los congresistas y asimilados, en virtud de la cosa juzgada constitucional con ocasión de la sentencia C-258 de 2013.

La edad para acceder a la pensión de vejez, el tiempo de servicio o el número de semanas cotizadas, y el monto de la pensión de vejez de las personas que al momento de entrar en vigencia el Sistema tengan treinta y cinco (35) o más años de edad si son mujeres o cuarenta (40) o más años de edad si son hombres, o quince (15) o más años de servicios cotizados, será la establecida en el régimen anterior al cual se encuentren afiliados. Las demás condiciones y requisitos aplicables a estas personas para acceder a la pensión de vejez, se registrarán por las disposiciones contenidas en la presente Ley”.

El ingreso base para liquidar la pensión de vejez de las personas referidas en el inciso anterior que les faltare menos de diez (10) años para adquirir el derecho, será el promedio de lo devengado en el tiempo que les hiciere falta para ello, o el cotizado durante todo el tiempo si este fuere superior, actualizado anualmente con base en la variación del Índice de Precios al consumidor, según certificación que expida el DANE.”

¹⁷ Al respecto, pueden consultarse las providencias del 8 de septiembre de 2017, radicadas con los números 17001-33-33-001-2014-00205-02 y 17001-33-33-001-2014-00480-02, con ponencia del Magistrado Augusto Ramón Chávez Marín.

§36. La sentencia SU-395 de 2017¹⁸ de la Honorable Corte Constitucional insistió en que el monto de la pensión se refiere a la tasa de reemplazo o porcentaje correspondiente y no el ingreso base de liquidación, el cual debe ser promediado, para todos los efectos, con la base del régimen general; y que sólo pueden incluirse los factores de liquidación de la pensión sobre los cuales se hubieren realizado las cotizaciones respectivas.

“(…) En la medida en que si el inciso tercero de la norma bajo análisis expresamente establece cuál debe ser el Ingreso Base de Liquidación para los beneficiarios del régimen de transición, entonces el monto se refiere al porcentaje aplicable a esa base que será el señalado por la normativa anterior que rija el caso concreto. En igual sentido, los factores salariales, al no determinar el monto de la pensión sino parte de la base de liquidación de la misma, serán los señalados por la normativa actual, en este caso, por el Decreto 1158 de 1994.”

§37. Ahora bien, el Consejo de Estado, respecto a los factores salariales y el IBL, para liquidar las pensiones de las personas beneficiarias del régimen de transición de la Ley 33 de 1985, en sentencias de unificación del 4 de agosto de 2010, y del 25 de febrero de 2015, señaló que se calculan con los factores salariales devengados en el último año de servicios, aunque no se haya mención taxativamente en la norma, y reiteró que el régimen de transición previsto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 debe interpretarse de manera armónica, integral y en aplicación del principio de inescindibilidad de la norma.

§38. Más recientemente, la Sección Segunda del Consejo de Estado en providencia de unificación del 28 de agosto de 2018¹⁹, sentó jurisprudencia de esta forma:

“Primero: Sentar como jurisprudencia del Consejo de Estado frente a la interpretación del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, que consagra el régimen de transición pensional, lo siguiente:

1. El Ingreso Base de Liquidación del inciso tercero del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 hace parte del régimen de transición para aquellas personas beneficiarias del mismo que se pensionen con los requisitos de edad, tiempo y tasa de reemplazo del régimen general de pensiones previsto en la Ley 33 de 1985.

2. Para los servidores públicos que se pensionen conforme a las condiciones de la Ley 33 de 1985, el periodo para liquidar la pensión es:

- Si faltare menos de diez (10) años para adquirir el derecho a la pensión, el ingreso base de liquidación será (i) el promedio de lo devengado en el tiempo que les hiciere falta para ello, o (ii) el cotizado durante todo el tiempo, el que

¹⁸ Corte Constitucional. Sala Plena. Magistrado Ponente: Dr. Luis Guillermo Guerrero Pérez. Sentencia SU-395 del 22 de junio de 2017.

¹⁹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección A, Consejero ponente: William Hernández Gómez, Bogotá, D.C., diez (10) de mayo de dos mil dieciocho (2018), Radicación número: 11001-03-15-000-2018-01102-00(AC). <http://www.consejodeestado.gov.co/busquedas/buscadord-jurisprudencia/>

fuere superior, actualizado anualmente con base en la variación del Índice de Precios al consumidor, según certificación que expida el DANE.

- Si faltare más de diez (10) años, el ingreso base de liquidación será el promedio de los salarios o rentas sobre los cuales ha cotizado el afiliado durante los diez (10) años anteriores al reconocimiento de la pensión, actualizados anualmente con base en la variación del índice de precios al consumidor, según certificación que expida el DANE.

3. Los factores salariales que se deben incluir en el IBL para la pensión de vejez de los servidores públicos beneficiarios de la transición son únicamente aquellos sobre los que se hayan efectuado los aportes o cotizaciones al Sistema de Pensiones.

Segundo: Advertir a la comunidad en general que las consideraciones expuestas en esta providencia, en relación con los temas objeto de unificación, son obligatorias para todos los casos en discusión tanto en vía administrativa como judicial, en atención a lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

De igual manera, debe precisarse que los casos respecto de los cuales ya ha operado la cosa juzgada, en virtud del principio de seguridad jurídica, resultan inmodificables.

Tercero: Las pensiones que han sido reconocidas o reliquidadas en el régimen de transición, con fundamento en la tesis que sostenía la Sección Segunda del Consejo de Estado, no pueden considerarse que lo fueron con abuso del derecho o fraude a la ley.

§39. En cuanto a la aplicación de la sentencia de unificación, el Consejo de Estado aclaró:

“La Sala Plena de esta Corporación, por regla general, ha dado aplicación al precedente en forma retrospectiva, método al que se acudirá en esta sentencia, disponiendo que las reglas jurisprudenciales que se fijaron en este pronunciamiento se aplican a todos los casos pendientes de solución tanto en vía administrativa como en vía judicial a través de acciones ordinarias; salvo los casos en los que ha operado la cosa juzgada que, en virtud del principio de seguridad jurídica, resultan inmodificables.

116. Para la Sala, los efectos que se dan a esta decisión garantizan la seguridad jurídica y dan prevalencia a los principios fundamentales de la Seguridad Social, por ello no puede invocarse el principio de igualdad, so pretexto de solicitar la no aplicación de esta sentencia.”

§40. Ante los reiterados pronunciamientos de la Corte Constitucional en relación con la manera como deben liquidarse las pensiones de jubilación reconocidas por el régimen de transición contemplado por el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, esta Corporación ha decidido, en aras de procurar el respeto de los principios de seguridad jurídica y de sostenibilidad del Sistema General de Pensiones, modificar la posición que se había venido adoptando en estos temas de reliquidación pensional, para en su lugar acogerse a la postura planteada por el Máximo Tribunal Constitucional, tal como lo ha hecho ya en sentencia del 23 de abril de 2018²⁰.

²⁰ Tribunal Administrativo de Caldas. Sala de Decisión. Magistrado Ponente: Augusto Ramón Chávez Marín. Sentencia del 23 de abril de 2018. Radicación número: 17001-23-33-000-2016-00716-00.

2.1.2. Del tiempo a tenerse en cuenta para la liquidación de la pensión

§41. Por tanto, para la liquidación de la prestación debe acudirse a lo dispuesto por el inciso 3° del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 y por el artículo 21 de la misma norma, dependiendo del tiempo que le faltare al interesado a la entrada en vigor del Sistema General de Pensiones para adquirir el derecho a la pensión.

§42. Ahora bien, cuando el beneficiario del régimen de transición hubiere cotizado 1.250 semanas como mínimo, puede optar por el promedio de los ingresos de toda su vida laboral actualizados con base en la variación del IPC, siempre y cuando este resultado sea superior al obtenido de la manera descrita en el párrafo anterior, esto es, a los 10 años anteriores al reconocimiento de la pensión.

§43. En consecuencia, se colige que la liquidación de la pensión de jubilación debe realizarse en los términos previstos en el artículo 21 de la Ley 100 de 1993, esto es, la liquidación de éste será el promedio de los salarios o rentas sobre los cuales hubiere cotizado durante los 10 años anteriores al reconocimiento de la pensión, o en todo el tiempo si éste fuere inferior para el caso de las pensiones de invalidez o sobrevivencia, actualizados anualmente con base en la variación del IPC.

§44. De esta forma no se puede acceder a la pretensión de la demanda para tener en cuenta únicamente los factores percibidos el último año de servicios, como pretende la demanda.

2.1.3. De los factores a tenerse en cuenta en la liquidación

§45. Bajo las disposiciones adoptadas en las sentencias de unificación del Máximo Órgano Constitucional, atinente a los factores salariales que pueden incluirse para determinar el IBL, son los devengados por el actor, durante el tiempo de liquidación referido y que sirvieron de base para calcular las cotizaciones al Sistema General de Pensiones conforme al Decreto 1158 de 1994 que subrogó el artículo 6° del Decreto 691 de 1994²¹.

§46. Con la demanda se aportó certificado de tiempo de servicios y factores salariales, que da cuenta de los factores salariales devengados que en el último año de servicios como son: salario ordinario, 1% de incentivo, recargo nocturno, dominicales, prima de navidad y prima de servicios.

²¹ La citada norma es del siguiente tenor:

ARTICULO 1o. El artículo 6o del Decreto 691 de 1994, quedará así: "Base de Cotización".

El salario mensual base para calcular las cotizaciones al Sistema General de Pensiones de los servidores públicos incorporados al mismo, estará constituido por los siguientes factores:

- a) La asignación básica mensual;
- b) Los gastos de representación;
- c) **La prima técnica**, cuando sea factor de salario;
- d) Las primas de antigüedad, ascensional y de capacitación cuando sean factor de salario.
- e) La remuneración por trabajo dominical o festivo;
- f) La remuneración por trabajo suplementario o de horas extras, o realizado en jornada nocturna;
- g) La bonificación por servicios prestados;-sft-

§47. Sin embargo, conforme al Decreto 1158 de 1994, solamente se deben tener en cuenta los factores taxativamente señalados en dicha norma, como fue dispuesto en la Resolución GNR 123005 del 27 de abril de 2016 que ordenó reliquidar la prestación social.

2.1.4. Análisis en el caso concreto según lo demostrado

§48. Conforme a la jurisprudencia de unificación del Consejo de Estado del 28 de agosto de 2018, “... *El Ingreso Base de Liquidación del inciso tercero del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 hace parte del régimen de transición para aquellas personas beneficiarias del mismo que se pensionen con los requisitos de edad, tiempo y tasa de reemplazo del régimen general de pensiones previsto en la Ley 33 de 1985.*”

§49. Además, en el caso de la demandante, “... *Si faltare más de diez (10) años, el ingreso base de liquidación será el promedio de los salarios o rentas sobre los cuales ha cotizado el afiliado durante los diez (10) años anteriores al reconocimiento de la pensión, actualizados anualmente con base en la variación del índice de precios al consumidor, según certificación que expida el DANE.*”

§50. Y “... *Los factores salariales que se deben incluir en el IBL para la pensión de vejez de los servidores públicos beneficiarios de la transición son únicamente aquellos sobre los que se hayan efectuado los aportes o cotizaciones al Sistema de Pensiones.*”

§51. Por lo anterior, no es procedente acceder a la solicitud de la parte demandante para reliquidar la pensión con la inclusión de todos los factores salariales percibidos el último año de servicios.

§52. Aunque no fue motivo de discusión en el proceso y fue un argumento de la apelación, en cuanto a la nivelación salarial por homologación de los cargos administrativos del sector educación del demandante, en las pruebas se allegaron los formatos tenidos en cuenta para reliquidación de la pensión donde aparece que la gobernación de Caldas informó lo pagado y aportado por la nivelación salarial, y la alcaldía de Manizales indicó que en 2015 se completaron los aportes para pensión de dicho proceso de nivelación, por lo que se entiende que se tuvieron en cuenta en la reliquidación pensional.

§53. Por lo que se confirmará la sentencia de primera instancia en este aspecto.

2.4. LAS COSTAS EN ESTA INSTANCIA

§54. En cuanto a las costas, conforme al artículo 47 de la Ley 2080 de 2021, no se condenará en costas, toda vez la decisión se produjo por un cambio jurisprudencial y se presentó la demanda con fundamento legal.

§55. Por lo discurrido, la Sala Sexta de Decisión del Honorable Tribunal Administrativo de Caldas, administrando Justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

SENTENCIA

OCTAVO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 05 de agosto de 2019 por la Señoría del Juzgado Octavo Administrativo del Circuito de Manizales, en el proceso de nulidad y restablecimiento del derecho interpuesto por Miguel Hernando Fonseca Mayorga en contra de la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social – UGPP.

SEGUNDO: CONDENAR en costa a la parte demandante. Fíjense agencias en derecho en un salario mínimo legal mensual vigente, a cargo de la parte demandada y a favor de la parte demandante.

TERCERO: NOTIFÍQUESE conforme lo dispone el artículo 203 del CPACA.

Notifíquese y Cúmplase

Los Magistrados


PUBLIO MARTÍN ANDRÉS PATIÑO MEJÍA


CARLOS MANUEL ZAPATA JAIMES
Magistrado



PATRICIA VARELA CIFUENTES
Magistrada

Firmado Por:
Publio Martin Andres
Magistrado
Mixto 006
Tribunal
Manizales - Caldas

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE
CALDAS

NOTIFICACIÓN POR ESTADO

No. 169

FECHA: 21/09/2021

Patiño Mejía

Administrativo De

Este documento fue *generado con firma*
electrónica y cuenta con plena validez jurídica, conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y

el decreto reglamentario 2364/12

Código de verificación:

ba50c6f6d818319c997671278d968fb162f233584d68167fefcbfc63dbb46b5b

Documento generado en 20/09/2021 11:01:10 AM

Valide este documento electrónico en la siguiente URL:

<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>

**REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL
HONORABLE TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS**

**Sala sexta de decisión
Magistrado Ponente: Publio Martín Andrés Patiño Mejía**

Acción: Nulidad y Restablecimiento del Derecho – Laboral
Demandante: José Esaú Giraldo Sánchez
Demandado: Nación - Ministerio de Educación – Gobernación de Caldas
Radicado: 17 001 23-33-000-2017-00521-00
Acto Judicial: Sentencia **091**

Manizales, veinte (20) de septiembre de dos mil veintiuno (2021).

Proyecto discutido y aprobado en Sala de la presente fecha.

§01. **Síntesis:** la parte demandante, solicita el reconocimiento y pago del retroactivo adeudado por concepto de homologación y nivelación salarial de un periodo que no le fue reconocido por la gobernación de Caldas. La sala declara probada la excepción de caducidad y niega las pretensiones.

§02. La Sala dicta sentencia de primera instancia en el medio de control de **nulidad y restablecimiento del derecho** promovido por **José Esaú Giraldo Sánchez** contra la **Nación - Ministerio de Educación – Gobernación de Caldas**.

1. Antecedentes

1.1. La demanda que solicita la nivelación salarial y el reconocimiento de las diferencias salariales del reajuste de los salarios por la homologación del cargo administrativo que desempeñó la parte demandante en establecimientos educativos¹

§03. La parte demandante pretende que se declare la nulidad de los siguientes actos que negaron la nivelación salarial y el reconocimiento de las diferencias por el reajuste de los salarios por concepto de la homologación del cargo administrativo que desempeñó la parte demandante en establecimientos educativos:

§03.1. El oficio SED-978 del 22 de diciembre de 2008. - Este acto fue adicionado en la reforma de la demanda.

§03.2. El oficio UJSED-919 del 20 de diciembre de 2016.

§03.3. La Resolución 8361-6 del 30 de octubre de 2017. – Este acto fue adicionado en la reforma de la demanda.

§04. A título de restablecimiento del derecho, se condene a las demandadas al reconocimiento de:

§04.1. Las diferencias salariales dejadas de percibir, por concepto de la nivelación salarial por la homologación del cargo administrativo en el sector

¹ fls. 3 a 12, 134 a 143 c. 1

educativo, por el periodo comprendido entre **el 22 de agosto del año 1997 hasta el 10 de julio del año 2002**, en los elementos salariales: sueldo, incremento de antigüedad, prima técnica, bonificación por servicios prestados, prima de servicios, prima de vacaciones, bonificación especial por recreación, prima de navidad, horas extras, remuneración de trabajo nocturno, dominical y festivo, así como en las cesantías; así como lo correspondiente a los aportes en salud y pensión.

§04.2. La indexación por el retroactivo adeudado, así como los intereses moratorios por dicho concepto; o en subsidio, los intereses moratorios por principio de favorabilidad.

§04.3. Las costas del proceso.

§05. Como hechos la demanda precisó que el señor José Esaú Giraldo Sánchez, prestó sus servicios en un cargo administrativo en establecimientos educativos en Caldas, desde el 1 de septiembre de 1991 hasta el 31 de diciembre de 2002.

§06. En cumplimiento del proceso de descentralización educativa dispuesto en la Ley 60 de 1993, el personal del sector educativo fue trasladado del sector nacional a la gobernación de Caldas, mediante la Resolución 3500 de 1996 del Ministerio de Educación Nacional y el Decreto departamental 21 de 1997.

§07. Luego, el personal que prestaba servicios en la ciudad de Manizales, fue trasladado a esta alcaldía el 1º de enero de 2003.

§08. Con respecto al tiempo de servicios prestados en la gobernación de Caldas, los salarios del personal administrativo trasladado no fueron nivelados con los salarios departamentales que reportaban mejores ingresos, en violación del principio de igualdad.

§09. El **8 de septiembre de 2000** la parte demandante, junto con otros empleados, solicitaron la nivelación salarial. Entre dicha fecha y el 2005 la parte actora reiteró verbalmente la petición. El **11 de julio de 2005** la parte accionante presentó solicitud escrita en el mismo sentido.

§10. El Ministerio de Educación Nacional y los departamentos iniciaron el trámite de la nivelación salarial a través de los siguientes actos: la Directiva ministerial 10 de 2005, la Resolución 2171 del 17 de mayo de 2006, el estudio técnico correspondiente aprobado por el ministerio el 30 de marzo de 2007, el Decreto departamental 399 del 20 de abril de 2007 que homologó los cargos y niveló los salarios, la Resolución departamental 2915 del 10 de agosto de 2007 que ordenó el pago de la nivelación salarial.

§11. Sin embargo, en el caso de la parte demandante, la nivelación se hizo de la siguiente manera: como la petición de su nivelación se hizo el **11 de julio de 2005**, la nivelación sería desde el **11 de julio de 2002** al **31 de diciembre de 2002**, sin que se tuviera en cuenta el periodo **22 de agosto de 1997 al 10 de julio de 2002**.

§12. La parte accionante recibió el pago de esta nivelación el **8 de agosto de 2007**, pero al ver que lo cancelado **no** incluía el período del **22 de agosto de 1997 al 10 de julio de 2002**, hizo el reclamo verbal y el sindicato lo hizo por escrito el 3 de diciembre de 2008.

§13. La secretaría de educación departamental, a través del **primer acto demandado**, el **oficio SED 978 del 22 de diciembre de 2008**, no accedió a la revisión de lo pagado, porque no encontró la solicitud de la parte actora del 22 de agosto de 2000. Esta petición fue aportada luego a la secretaría el 17 de diciembre de 2009.

§14. La secretaría de educación departamental solicitó al ministerio la revisión y ajuste de la nivelación por los oficios SED 0345 del 17 de junio de 2008 y GJSED 1497 del 22 de mayo de 2009. El ministerio aprobó la modificación del estudio técnico por el oficio 200EE29765 del 1 de junio de 2009, por lo que el departamento expidió el decreto 337 de 2010, y el ministerio certificó la deuda por el oficio 2011EE63868 del 5 de octubre de 2012, para el periodo 1997 a 2009.

§15. En el caso de la parte demandante, se ajustó la nivelación salarial por las siguientes resoluciones: **1973-6 del 22 de marzo de 2013**, aclarada por la **4055-6 del 19 de junio de 2013**, modificada por la **8955-6 del 11 de diciembre de 2014**. Y se **pagó** el ajuste el **7 de junio de 2013** y el **23 de diciembre de 2014**.

§16. Pero quedó siempre faltando el reconocimiento del periodo **22 de agosto de 1997 al 10 de julio de 2002**, que es motivo de esta demanda.

§17. El 13 de diciembre de 2016 la parte demandante nuevamente solicitó el reconocimiento de la nivelación del **22 de agosto de 1997 al 10 de julio de 2002**. La secretaría de educación departamental negó la solicitud por el oficio **UJSED-919 del 20 de diciembre de 2016, acto demandado**. La parte demandante señala que recibió este acto el 21 de diciembre de 2016.

§18. El **24 de julio de 2017** la actora nuevamente elevó petición en el mismo sentido, lo cual fue vuelto a negar por la secretaría departamental por la **Resolución 8361-6 del 31 de octubre de 2017, acto demandado**.

§19. La parte actora estimó como violadas las siguientes normas: artículos 1, 2, 13, 25, 53, 58, 93, 123, 209, 350 de la Constitución Política, 41 del Decreto 3135 de 1968, 102 del Decreto 1848 de 1969, 12 del convenio 95 de 1949 y la Ley 60 de 1993.

§20. Los fundamentos del concepto de violación son la vulneración de los principios de trabajo igual salario igual, incluidos en el artículo 53 de la Constitución Política. Además, la necesidad de la nivelación salarial de los cargos administrativos de los establecimientos educativos fue reconocida por los conceptos 1607 del 9 de diciembre de 2004 y 2301 del 14 de diciembre de 2016 del Consejo de Estado y la Directiva presidencial 10 de 2005.

§21. Por ello, la nivelación salarial debió realizarse desde el 10 de febrero de 1997, cuando el cargo de la parte actora fue asumido por la gobernación de Caldas.

§22. Y en el caso de la parte accionante, debió tenerse en cuenta la presentación de la petición del **22 de agosto de 2000**, y la prescripción prevista en los artículos 151 del CPL, y 41 del Decreto 3135 de 1968, lo que extendería el reconocimiento de la nivelación salarial hasta el **22 de agosto de 1997**.

1.2. Contestación de la gobernación de Caldas²

§23. Se opuso a las pretensiones.

§24. En cuanto a los hechos aceptó las peticiones y actos administrativos presentados. Aclaró que la petición hecha por la parte actora el **22 de agosto de 2000** interrumpió la prescripción por una sola vez por un periodo igual. Pero como la segunda petición se hizo el **11 de julio de 2005**, por encima del periodo de interrupción de la prescripción, el reconocimiento de la nivelación se hizo desde el **11 de julio de 2002**. Luego se presentaron reclamaciones en igual sentido el 3 de diciembre de 2008, el 17 de diciembre de 2009, el 6 de diciembre de 2013 y el 13 de diciembre de 2016.

§25. **Propuso y sustentó como medios exceptivos:**

§25.1. **Caducidad:** Como lo que pretende la parte demandante no es una prestación periódica, la actora debió presentar la demanda dentro de los cuatro meses siguientes a la notificación de cada acto demandado. Y una vez contabilizado el plazo junto con la presentación de la conciliación previa, se superaron los plazos para presentar la demanda.

§25.2. **Prescripción:** Conforme a los artículos 175 del C.P.A.C.A. 102 del Decreto 1848 de 1969 y el Decreto 3115 de 1965.

§25.3. **Falta de legitimación en la causa por pasiva -Inexistencia de la obligación con fundamento en la Ley:** Preciso que conforme al concepto 10 de junio de 2005 y la resolución 2171 de mayo de 2006, le compete al Ministerio de Educación Nacional el reconocimiento de la homologación salarial.

§25.4. **Buena fe:** El ente territorial obró en forma correcta.

§25.5. **Inaplicabilidad de los intereses moratorios:** Con base en recientes sentencias del Consejo de Estado, las cuales indican que en el proceso de nivelación salarial de los cargos administrativos del sector educativo se aplica por la indexación, y no puede reconocerse intereses moratorios.

1.3. Contestación de la Nación - Ministerio de Educación Nacional ³

§26. Se opuso a las pretensiones. Solo se aceptaron los hechos que estaban demostrados documentalmente. En los fundamentos de la defensa expuso lo relacionado con el proceso de descentralización de la educación dispuesto por los artículos 34 y 38 de la Ley 715 de 2001. Aclaró que el pago de cualquier condena le corresponde a FIDUPREVISORA S.A.

§27. **Propuso y sustentó como medios exceptivos:**

² (Fls. 128- 133, c1)

³ (Fs. 100 – 116, 159 - 176, c1)

§27.1. **Falta de legitimación en la causa por pasiva – Ineptitud de la demanda:** La base de esta excepción es que los actos demandados fueron suscritos por la Secretaría de Educación de la gobernación de Caldas, quien está a cargo de la planta de personal del sector educativo público, por el proceso de descentralización de la educación conforme a las Leyes 43 de 1975, 60 de 1993, y 715 de 2001.

§27.2. **Prescripción:** Solicitó que se aplique el fenómeno prescriptivo, conforme a los artículos 151 del CPL, 41 del Decreto 3135 de 1968 y 102 del Decreto 1848 de 1969.

§27.3. **Caducidad:** Manifestó que la decisión de la administración adquirió firmeza hace más de diez años, por lo que la demanda no se presentó dentro del plazo de 4 meses previsto en el artículo 164.2.d del CPAC.

1.4. Audiencia Inicial ⁴

§28. En desarrollo de la audiencia inicial, el magistrado ponente dispuso que las excepciones de “*falta de legitimación en la causa por pasiva*”, “*prescripción*”, “*caducidad*” y “*inepta demanda*” se resolverían en la sentencia en el fondo del asunto, dada la complejidad y necesidad de pruebas. Luego de fijado el litigio, se dispuso la práctica de pruebas pedidas por las partes y ordenadas de oficio.

§29. En la audiencia de pruebas se recolectaron las pruebas y se dio traslado de alegatos por escrito. ⁵

1.5. Alegatos de Conclusión

§30. La Nación – Ministerio de Educación presentó alegatos de conclusión, insistiendo en su falta de legitimación en la causa para actuar en el proceso⁶. Las partes demandante, la gobernación de Caldas y el Ministerio Público permanecieron silentes.

2. Consideraciones del Tribunal

2.1. Competencia

§31. La Sala es competente para decidir conforme al artículo 152 del CPACA, y 182A.3 de la Ley 2080 de 2021.

2.4. Lo demostrado en el proceso

§32. El señor prestó sus servicios en el cargo de auxiliar de servicios generales – plaza nacional- en el Jardín Infantil Nacional, en el municipio de Manizales de la

⁴ (fs. 200, 217-222 c1A)

⁵ (fs. 239-241 c1A).

⁶ (fs. 250-255, c1A)

siguiente manera: (i) del 01/09/1991 al 31/12/2002 a cargo de la gobernación de Caldas (f. 44 c.1); y, (ii) del 01/01/2003 al **30 de octubre de 2010** a cargo de la alcaldía de Manizales. (fs. 51 c.1 y 208 c.1A)

§33. El 22 de agosto de 2000 la parte demandante y 6 personas más solicitaron a la secretaría departamental de educación su inclusión en el estudio y posterior pago del proceso de homologación salarial. (f. 20 c.1)

§34. El 8 de septiembre de 2000 la secretaría departamental de educación contestó que no tenía autorización para realizar la nivelación salarial. (f. 21 c.1)

§35. El 23 de febrero de 2007 la gobernación de Caldas remitió al Ministerio de Educación Nacional el estudio técnico de homologación y nivelación salarial de los cargos administrativos del sector educativo en Caldas.⁷

§36. El 1 de junio de 2007 el Ministerio de Educación Nacional aceptó el estudio de homologación y nivelación salarial de los cargos administrativos del sector educativo en Caldas.⁸ El estudio contiene: (i) la planta de cargos con escalas salariales de los años 2008 y 2009; (ii) en el listado de ingresos y su indexación desde 1997 hasta 2009, la parte demandante, José Esaú Giraldo Sánchez aparece en el número 255, solo se incluyó el ingreso del 2002 y su indexación, mientras que para otros empleados sí se consideró la indexación desde 1997 (página 4 de 9); (iii) se tuvo en cuenta en la liquidación los aportes de pensión, salud y demás parafiscales.

§37. En las declaraciones de los señores Germán Alonso Toro Villa y Gilberto Isaza Flórez informaron que los empleados administrativos del sector educativo y el sindicato que los agremiaba, entre ellos la parte demandante, reiteradamente solicitaron la nivelación salarial, como en varias reuniones con empleados de la secretaría de educación.

§38. Por medio de la Resolución 3227 del 10 de agosto de 2007 expedida por la secretaría departamental de educación, se le reconoció la nivelación salarial a la parte demandante, por valor de \$330.322.⁹

§39. El 17 de junio de 2008 la Secretaría de Educación departamental solicitó al ministerio la revisión de la homologación y nivelación salarial. Entre las razones aducidas fue que para algunos empleados no fueron liquidados los retroactivos entre 1997 a 2001, pese a que habían presentado peticiones entre 1998, 1999, 2000 hasta 2006.¹⁰

§40. Estudio técnico del 26 de mayo de 2009, donde se propone al Ministerio unas correcciones respecto a los valores de los salarios considerados en el estudio técnico anterior y homologaciones de cargos.¹¹

§41. El 17 de diciembre de 2009 SINTRAEDUC solicitó que se reconociera a la

⁷ Cd. F.12 c.3

⁸ Cd. F.12 c.3

⁹ fs. 22-23 vto, c1.

¹⁰ Cd. F.12 c.3

¹¹ Cd. F.12 c.3

demandante la nivelación salarial.¹²

§42. El 4 de agosto de 2011 el Ministerio de Educación Nacional certificó el costo acumulado para la homologación de cargos en la gobernación de Caldas.¹³

§43. Por medio de la Resolución 1793-6 del 22 de marzo de 2013, se reconoció y ordenó el pago por concepto de la nivelación salarial de la parte demandante, por valor de \$4.087.766. Fue notificado el 24 de julio de 2013.¹⁴

§44. El 6 de diciembre de 2013 el Sindicato de Trabajadores de la Educación solicitó a la secretaría departamental de educación que se pagara la nivelación completa a algunos empleados administrativos del sector educativo, entre ellos la parte demandante.¹⁵

§45. La Resolución 4055-6 del 19 de junio de 2013 aclaró el anterior acto, ordenando el pago de \$4.252.838 a favor de la parte accionante. Fue notificado el 24 de julio de 2013.¹⁶

§46. El 5 de julio de 2013 la parte demandante presentó recursos de reposición y en subsidio el de apelación, contra las resoluciones 4055-6 del 19 de junio de 2013 y la 1973-6 del 22 de marzo de 2013, insistiendo que se hiciera una nueva liquidación.¹⁷

§47. La Resolución 8955-6 del 11 de diciembre de 2014, por medio de la cual se ordenó el pago de una indexación por valor de \$7.161.054. Fue notificado el 15 de diciembre de 2014.¹⁸

§48. El 24 de julio de 2017, el profesional universitario de la secretaría departamental de educación certificó que **los dineros pagados** a la parte demandante corresponden a la nivelación correspondiente al periodo **11 de julio de 2002 al 31 de diciembre de 2002**.¹⁹

§49. Certificado de salarios pagados a la parte demandante de 1997 al 2002. En el periodo entre 1997 hasta julio de 2002 se señaló que la asignación básica no fue nivelada.²⁰

§50. El 13 de diciembre de 2016 la parte demandante solicitó a la secretaría departamental de educación el reconocimiento y pago de la nivelación salarial por la homologación del cargo administrativo en el sector educativo, por el periodo comprendido entre **el 22 de agosto del año 1997 hasta el 10 de julio del año 2002**.

§51. La secretaría departamental de educación negó la solicitud por el **oficio UJSED-919 del 20 de diciembre de 2016, acto demandado**, porque ya fue rechazada por el

¹² fs. 28 c.1

¹³ Cd. F.12 c.3

¹⁴ (Fs. 29 a 32 c.1)

¹⁵ (f. 40. c.1)

¹⁶ (fs. 29 a 35 c.1).

¹⁷ (fs. 36-37, c1).

¹⁸ (fs. 42-43, c1).

¹⁹ (fs. 45-46, c1)

²⁰ (fs. 47-51 c.1)

oficio SED-978 del 22 de diciembre de 2008. La demandada señala que fue recibido el oficio el 21 de diciembre de 2016.

§52. El 24 de julio de 2017 la parte demandante volvió a solicitar el reconocimiento de la nivelación salarial del periodo entre el **22 de agosto de 1997 al 10 de julio de 2002**, lo cual fue negado por la **Resolución 8361-6 del 31 de octubre de 2017, acto demandado.**

2.5. De las excepciones propuestas

§53. Antes de abordar el fondo del asunto, el Tribunal se pronunciará sobre las excepciones propuestas de “*caducidad*”, “*falta de legitimación en la causa por pasiva*” e “*ineptitud de la demanda*”, propuestas por las entidades demandadas.

2.5.1. La excepción de caducidad

§54. En torno a este aspecto, el artículo 164.2.d del CPACA señala que “... *Cuando se pretenda la nulidad y restablecimiento del derecho, la demanda deberá presentarse dentro del término de cuatro (4) meses contados a partir del día siguiente al de la comunicación, notificación, ejecución o publicación del acto administrativo, según el caso, salvo las excepciones establecidas en otras disposiciones legales.*”

§55. Este plazo puede suspenderse por una sola vez, con la presentación de la solicitud de conciliación extrajudicial establecida en los artículos 2121 de la Ley 640 de 2001 y 3²² del Decreto 1716 de 2009 y solo hasta que esta se lleve a cabo.

§56. En materia de nivelación salarial, el Consejo de Estado en acto judicial del 4 de marzo de 2021²³ estimó que mientras la relación laboral permanezca vigente, los pagos

²¹ Ley 640 de 2001. Artículo 21. Suspensión de la prescripción o de la caducidad. La presentación de la solicitud de conciliación extrajudicial en derecho ante el conciliador suspende el término de prescripción o de caducidad, según el caso, hasta que se logre el acuerdo conciliatorio o hasta que el acta de conciliación se haya registrado en los casos en que este trámite sea exigido por la ley o hasta que se expidan las constancias a que se refiere el artículo 2^o. de la presente ley o hasta que se venza el término de tres (3) meses a que se refiere el artículo anterior, lo que ocurra primero. Esta suspensión operará por una sola vez y será improrrogable.

²² Decreto 1716 de 2009. Artículo 3°. Suspensión del término de caducidad de la acción. La presentación de la solicitud de conciliación extrajudicial ante los agentes del Ministerio Público suspende el término de prescripción o de caducidad, según el caso, hasta:

a) Que se logre el acuerdo conciliatorio, o b) Se expidan las constancias a que se refiere el artículo 2° de la Ley 640 de 2001, o c) Se venza el término de tres (3) meses contados a partir de la presentación de la solicitud; lo que ocurra primero.

En caso de que el acuerdo conciliatorio sea improbadado por el juez o magistrado, el término de caducidad suspendido con la presentación de la solicitud de conciliación se reanuda a partir del día hábil siguiente al de la ejecutoria de la providencia correspondiente.

La improbación del acuerdo conciliatorio no hace tránsito a cosa juzgada.

Parágrafo único. Las partes por mutuo acuerdo podrán prorrogar el término de tres (3) meses consagrado para el trámite conciliatorio extrajudicial, pero en dicho lapso no operará la suspensión del término de caducidad o prescripción.

²³ CONSEJO DE ESTADO - SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO - SECCIÓN SEGUNDA-SUBSECCIÓN A- Consejero ponente: GABRIEL VALBUENA HERNÁNDEZ- Bogotá, D.C., cuatro (4) de marzo de dos mil veintiuno (2021).- Radicación número: 76001-23-33-000-2016-00777-01(1313-18)

y prestaciones que se hagan al empleado tienen carácter periódico:

“En ese sentido, la jurisprudencia²⁴ de esta corporación ha precisado que para determinar tal connotación en las reclamaciones que traten sobre acreencias de tipo laboral, debe atenderse a la vigencia de la relación laboral, pues en la medida en que permanezca activa, continúa la regularidad en los pagos que percibe el trabajador y la prestación adquiere el carácter de periódico, condición que se pierde una vez se concluye el nexo laboral y en consecuencia tendría que tenerse en cuenta los términos antes mencionados para acudir a la jurisdicción.

*De manera que las prestaciones periódicas han sido entendidas como aquellos pagos que permanecen en el tiempo, que para el caso de un trabajador **se causan mientras subsista la relación laboral o con ocasión de ella**, pero al no ser vitalicio como una pensión sino finito e intuitu personae²⁵ se extingue al configurarse la desvinculación laboral.”*

§57. En el presente caso, la parte demandante dejó de laborar el **30 de octubre de 2010** en la alcaldía de Manizales. (f. 208 c.1A)

§58. Y desde dicha fecha, los salarios y prestaciones dejaron de ser periódicos.

§59. La parte accionante presentó diversas solicitudes para la nivelación salarial del período **22 de agosto de 1997 al 10 de julio de 2002**, en las siguientes fechas: 22 de agosto de 2000, 23 de febrero de 2007, 17 de diciembre de 2009, 6 de diciembre de 2013, **13 de diciembre de 2016 y 24 de julio de 2017**.

§60. Para la sala son de especial importancia las peticiones generadas que fueron contestadas con los actos demandados luego de la desvinculación de la parte demandante hecha el **30 de octubre de 2010**, cuando los salarios y prestaciones dejaron de ser periódicos:

§60.1. La petición del 13 de diciembre de 2016, fue contestada por el oficio UJSED-920 del 20 de diciembre de 2016. Según la parte demandante, tuvo conocimiento de este acto el 21 de diciembre de 2016 (f. 142 c.1)

A partir de esta solicitud tenía hasta el sábado 22 de abril de 2017 para presentar la demanda, que se extiende hasta el lunes 24 abril de 2017.

²⁴ Auto Consejo de Estado, M.P. Suárez Vargas, Rafael Francisco, radicado: 76001 23 33 000 01502 01 (3353-2018) de 6 de febrero de 2020, actor: Alba Inés Jiménez Vásquez. Auto. M.P. Hernández Gómez, William, radicado: 05001 23 33 000 2014 02240 01 (1215-2015) de 20 de septiembre de 2018, actor: Fresia Milena Penagos Berrio. Auto. M.P. Palomino Cortés, César, radicado: 68001 23 33 000 2014 00265-01 (2278-2015) de 20 de septiembre de 2018, actor: Universidad Industrial de Santander. Sentencia, M.P. Perdomo Cuéter, Carmelo, radicado: 25000 23 25 000 2011 00114 01 (0767-2014) de 29 de junio de 2017, actor: Jhon freddy Martínez Sanabria.

²⁵ Ver diccionario del español jurídico, <https://dej.rae.es/lema/intuitu-personae>: En consideración a las cualidades de la persona.

El 9 de marzo de 2017 solicitó la conciliación prejudicial, suspendiendo el plazo por 46 días, y el certificado de no conciliación se emitió el 26 de abril de 2017.

De esta manera el domingo 11 de junio de 2017, se vencieron los 46 días de suspensión del plazo, que se extienden hasta el lunes **12 de junio de 2017**.

La demanda fue presentada el **26 de julio de 2017**, por fuera del plazo de caducidad.

§60.2. En la reforma de la demanda se adicionó en los hechos que el 24 de julio de 2017 la parte demandante insistió en la petición la cual fue negada por la Resolución 8402-6 del 31 de octubre de 2017. Como se había terminado la vinculación el **30 de octubre de 2010**, y ya había presentado una solicitud anterior el 13 de diciembre de 2016, la parte actora intentó volver a agotar la vía administrativa, cuando ya había caducado el plazo para presentar la demanda de prestaciones que ya no eran periódicas.

§61. La sala no desconoce que este Tribunal en sentencia del 25 de marzo de 2021, con ponencia del Doctor CARLOS MANUEL ZAPATA JAIMES en un proceso similar accedió a las pretensiones de la demanda (radicado 17001-23-33-000-2018-00205-00). Sin embargo, en dicho caso, el demandante presentó la demanda cuando aún estaba vinculado a la alcaldía de Manizales, por lo que reclamaba prestaciones periódicas, lo que no sucede en el actual proceso.

2.5.2. ¿La expedición del concepto 2301 de la Sala de Consulta y Servicio Civil es un hecho nuevo que permite volver a demandar la negación de una prestación no periódica?

§62. El 18 de mayo de 2017 se levantó la reserva del concepto 2301²⁶ del 14 de diciembre de 2016 de la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado, sobre la homologación del servicio educativo – modificación, estudios técnicos requeridos, pago y prescripción, donde conceptuó:

“III. La Sala RESPONDE:

Si la homologación y nivelación salarial de una persona no fue realizada adecuadamente por deficiencias en el estudio técnico realizado para el efecto, ¿tiene derecho a que se le modifique esa homologación y nivelación?;

Sí tiene derecho, con fundamento en la garantía constitucional a la igualdad material establecida en el artículo 13 de la Carta Política, y en el principio constitucional “a trabajo igual, salario igual”.

(...)

²⁶ CONSEJO DE ESTADO- SALA DE CONSULTA Y SERVICIO CIVIL- Consejero ponente: ÁLVARO NAMÉN VARGAS- Bogotá, D.C., catorce (14) de diciembre de dos mil dieciséis (2016)- Radicación número: 11001-03-06-000-2016-00109-00(2301)

¿Ese derecho prescribe? ¿Opera la prescripción para el pago de retroactivo? ¿En cuánto tiempo y en qué condiciones?

El derecho de los servidores actualmente vinculados a las plantas de personal de las entidades territoriales a solicitar la revisión de su remuneración, como consecuencia de defectos en el proceso de homologación y nivelación salarial derivado de la descentralización del servicio educativo, no prescribe. El retroactivo está sujeto a la prescripción trienal prevista en la ley, de modo que una vez sea hecha una corrección de la homologación o el funcionario la solicite (y sea procedente), solo se podría reconocer el retroactivo hasta tres (3) años antes de esa circunstancia.”-sft-

§63. Es del caso estudiar si este concepto es un *hecho nuevo* que sea constituya en una excepción que permita evitar la caducidad de la acción.

§64. Al respecto, el Consejo de Estado²⁷ señaló que, en el caso de prestaciones no periódicas, “... existiendo un *hecho nuevo que genera una expectativa legítima de mejoramiento de un derecho laboral económico...*”, el ciudadano puede volver a agotar la vía administrativa y demandar el acto administrativo:

*“[...] De la naturaleza de la cesantía y caducidad de los actos que reconocieron anualmente este auxilio a la actora. Tanto la doctrina como la jurisprudencia han precisado que la **cesantía es una prestación social que no es periódica**, sino que se causa por períodos determinados, lo que implica que el derecho a percibirla se agote al concluir el ciclo que la origina y que obliga a la administración a reconocerla y pagarla, emitiendo para ello un acto administrativo cuya legalidad puede controvertirse, previo agotamiento de la vía gubernativa, si a ello hubiere lugar, dentro de los cuatro meses siguientes a su notificación, so pena de que se produzca la caducidad de la acción al tenor de lo dispuesto en el artículo 134 del C. C. A. **En ese orden de ideas, en principio no es factible que con una petición posterior se pueda solicitar a la administración la revisión del valor reconocido por dicho concepto.***

Este criterio, sin embargo, no puede aplicarse de manera general y sin tener en cuenta el contexto en el cual se origina la nueva petición, pues tal y como ocurre en este evento, cuando se ha expedido un acto administrativo anual de liquidación que no fue controvertido ni en sede gubernativa ni judicial, puede asumirse que esta ausencia de controversia obedeció a la seguridad que el beneficiario tenía de que su derecho había sido bien liquidado. Pero si ejecutoriado este acto surge en beneficio del administrado una expectativa legítima de incremento porcentual en la base liquidatoria de su cesantía anual, es decir, un hecho nuevo producto de decisiones judiciales de anulación de normas, que resulta aplicable a su situación y lo faculta para solicitar a la administración la respectiva reliquidación.
[...]

Ocurre sin embargo, que con posterioridad a estas decisiones, surgió para la funcionaria una expectativa legítima de un derecho que finalmente se concretó con la anulación de las normas que le restaban el carácter salarial al 30% que a título de prima especial percibía el servidor, razón por la cual, desde este momento puede decirse

²⁷ Consejo de Estado - CONSEJO DE ESTADO- SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO- SECCIÓN SEGUNDA – SUBSECCIÓN “A”- Consejero ponente: Dr. WILLIAM HERNÁNDEZ GÓMEZ- Bogotá, D. C., abril veintiuno (21) de dos mil dieciséis (2016)

que nace para cada uno de los servidores de la Fiscalía General de la Nación a los que se dirigía la norma anulada, el derecho a que dentro de la base liquidatoria de las prestaciones y las cesantías se incluya el 30% percibido a título de prima especial, es decir, que surge un derecho subjetivo que faculta al administrado para solicitar a la administración su reconocimiento.

[...]

Consecuente con lo anterior y como la exigibilidad tuvo lugar con plena certeza a partir de la expedición de las sentencia anulatorias citadas, los servidores o ex servidores de la Fiscalía General de la Nación, podían reclamar su reconocimiento, sin que se pueda afirmar, como lo hace la primera instancia, que lo pretendido era revivir los términos de caducidad para acudir a la jurisdicción, pues como bien lo dice la demandante, no se está discutiendo el contenido de los actos que le reconocieron anualmente la cesantía, sino la negativa a la inclusión de un derecho económico que surgió con posterioridad a este reconocimiento.

Es decir que, existiendo un hecho nuevo que genera una expectativa legítima de mejoramiento de un derecho laboral económico, el administrado una vez agotada la vía gubernativa queda facultado para acudir a la jurisdicción en acción de nulidad y restablecimiento del derecho para que sea la jurisdicción de lo contencioso administrativo la que decida sobre la viabilidad de acceder o no a su pretensión de reliquidación, tal y como ocurrió en este evento

[...]

De esta manera la Sala se aparta del criterio acogido en algunas decisiones en las que se ha aceptado la configuración de la caducidad que conduce a proferir fallo inhibitorio frente a la pretensión de reliquidación del auxilio de cesantía, porque se insiste, la exigibilidad tuvo lugar con plena certeza a partir de la expedición de las sentencias a que se ha venido haciendo referencia [...]"

§65. De esta manera, el hecho nuevo hace que surja "... en beneficio del administrado una expectativa legítima...". En la jurisprudencia previamente citada, este hecho nuevo fue una sentencia de anulación de una norma general.

§66. En la teoría jurídica tradicional, el *hecho jurídico* es la primera parte de la norma jurídica, al cual se le da una *consecuencia jurídica*. Así el hecho jurídico puede abarcar "... 1) Acciones del hombre que se diferencian de los hechos de la naturaleza. 2) Acciones que se predicán (o imputan) de o a determinados seres, esto es, sujeto de derecho o personas. 3) Estas personas o sujetos de derecho son las personas físicas o naturales y las personas colectivas o jurídicas. ..."²⁸.

§67. Ferrajoli²⁹ prefiere el concepto de *causa* como:

"... cualquier comportamiento jurídicamente relevante por los 'efectos' conectados al mismo por alguna regla jurídica. (...)

(...) viene a configurarse como el término clave de toda la teoría del derecho. Al tratarse de un comportamiento y, como diremos mejor, de un acto, designa «el arte» —como escribió Thomas Hobbes— por el que cualquier efecto jurídico está producido y por consiguiente el carácter artificial —o positivo— de todo fenómeno relevante en el derecho moderno. E incluye todos los eventos

²⁸ Rocha Ochoa, Cesáreo. Introducción a la teoría del derecho. Cuarta edición. Universidad del Rosario. P.262

²⁹ Ferrajoli, Luigi. Principia iuris. 1. Teoría del derecho. Editorial Trotta. 2007. P. 251

previstos por reglas como productores de efectos jurídicos: en primer lugar, los preceptos deónticos que disponen efectos deónticos en el mundo del derecho, como las leyes, las sentencias, los negocios jurídicos y todos los demás actos preceptivos que imponen deberes, confieren poderes o de uno u otro modo constituyen o modifican situaciones jurídicas, ya sean modalidades o expectativas; en segundo lugar, los preceptos constitutivos de efectos ónticos, como por ejemplo los actos institutivos de personas jurídicas o los constitutivos de estatus jurídicos correspondientes a personas o a bienes; finalmente, los comportamientos jurídicamente prohibidos y los obligatorios, como los actos ilícitos y los de cumplimiento, productores los unos de la sujeción a sanciones y los otros de la extinción de las obligaciones y de la satisfacción de las expectativas correspondientes. Quedan en cambio excluidos del mismo, como se ha dicho, los llamados «hechos jurídicos», una noción de la que sostendré en el § 5.6 que es inconsistente.”

§68. En cuanto a las *consecuencias jurídicas* de los conceptos de la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado, la jurisprudencia señaló: “... *advierte la Sala que aquélla no cumple funciones jurisdiccionales, y sus conceptos no son de obligatorio cumplimiento, máxime cuando el sentido y alcance de la ley que aplica el operador jurídico son claros.*”³⁰

§69. De esta manera, no puede concluirse que la expedición del concepto 2301 de 2016 ya citado, tenga como *consecuencia jurídica* la creación de una expectativa legítima para la parte demandante de la modificación de la liquidación de la nivelación salarial del proceso de homologación.

§70. Así, la emisión del señalado concepto 2301 no se constituye en un *hecho jurídico nuevo*, y de esta manera no se afecta el fenómeno jurídico de la caducidad.

§71. De esta forma, queda demostrado que se configuró el fenómeno de la caducidad, y se declarará probada esta excepción.

2.5. COSTAS

§72. Conforme al artículo 47 de la Ley 2080 de 2021, la demanda fue presentada con fundamento legal, por lo que no se condenará en costas a la parte demandante.

§73. Es por lo discurrido que la sala sexta de decisión del Tribunal Administrativo de Caldas, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

SENTENCIA

PRIMERO: DECLÁRASE PROBADA la excepción de caducidad propuesta por las entidades demandadas.

SEGUNDO: NEGAR las pretensiones de la demanda.

³⁰ CONSEJO DE ESTADO- SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO - SECCION CUARTA- Consejero ponente: WILLIAM GIRALDO GIRALDO- Bogotá, D. C., julio dieciocho (18) de dos mil once (2011)- Radicación número: 73001-23-31-000-2005-03086-01(17527)

TERCERO: SIN COSTAS.

CUARTO: Notifíquese la presente providencia conforme al artículo 203 del CPACA.

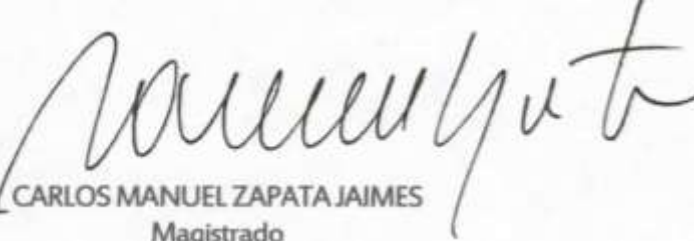
QUINTO: En firme la sentencia, archívese el expediente previa anotación en el programa informático “Justicia Siglo XXI”.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

Los Magistrados



PUBLIO MARTÍN ANDRÉS PATIÑO MEJÍA



CARLOS MANUEL ZAPATA JAIMES
Magistrado



PATRICIA VARELA CIFUENTES
Magistrada

**TRIBUNAL ADMINISTRATIVO
DE CALDAS**

NOTIFICACIÓN POR ESTADO

No. 169

FECHA: 21/09/2021

Firmado Por:

Publio Martin Andres Patiño Mejia
Magistrado
Mixto 006
Tribunal Administrativo De Manizales - Caldas

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica, conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

Código de verificación:

9a65bff19ab8f922e2326d2aebdc67230498ffb715a5e384a22dde20eeb22e44

Documento generado en 20/09/2021 11:01:33 AM

Valide este documento electrónico en la siguiente URL:
<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>

**REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL
HONORABLE TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS**

**Sala sexta de decisión
Magistrado Ponente: Publio Martín Andrés Patiño Mejía**

Acción: Nulidad y Restablecimiento del Derecho – Laboral
Demandante: Luz Marina Orozco Flórez
Demandado: Nación - Ministerio de Educación – Gobernación de Caldas
Radicado: 17 001 23-33-000-2017-00523-00
Acto Judicial: Sentencia 092

Manizales, veinte (20) de septiembre de dos mil veintiuno (2021).

Proyecto discutido y aprobado en Sala de la presente fecha.

§01. **Síntesis:** la parte demandante, solicita el reconocimiento y pago del retroactivo adeudado por concepto de homologación y nivelación salarial de un periodo que no le fue reconocido por la gobernación de Caldas. La sala declara probada la excepción de caducidad y niega las pretensiones.

§02. La Sala dicta sentencia de primera instancia en el medio de control de **nulidad y restablecimiento del derecho** promovido por **Luz Marina Orozco Flórez** contra la **Nación - Ministerio de Educación – Gobernación de Caldas**.

1. Antecedentes

1.1. La demanda que solicita la nivelación salarial y el reconocimiento de las diferencias salariales del reajuste de los salarios por la homologación del cargo administrativo que desempeñó la parte demandante en establecimientos educativos¹

§03. La parte demandante pretende que se declare la nulidad de los siguientes actos que negaron la nivelación salarial y el reconocimiento de las diferencias por el reajuste de los salarios por concepto de la homologación del cargo administrativo que desempeñó la parte demandante en establecimientos educativos:

§03.1. El oficio SED-978 del 22 de diciembre de 2008. - Este acto fue adicionado en la reforma de la demanda.

§03.2. El oficio UJSED-920 del 20 de diciembre de 2016.

§03.3. La Resolución 8402-6 del 31 de octubre de 2017. – Este acto fue adicionado en la reforma de la demanda.

§04. A título de restablecimiento del derecho, se condene a las demandadas al reconocimiento de:

¹ fls. 2 a 11, 133 a 142 c. 1

§04.1. Las diferencias salariales dejadas de percibir, por concepto de la nivelación salarial por la homologación del cargo administrativo en el sector educativo, por el periodo comprendido entre **el 22 de agosto del año 1997 hasta el 10 de julio del año 2002**, en los elementos salariales: sueldo, incremento de antigüedad, prima técnica, bonificación por servicios prestados, prima de servicios, prima de vacaciones, bonificación especial por recreación, prima de navidad, horas extras, remuneración de trabajo nocturno, dominical y festivo, así como en las cesantías; así como lo correspondiente a los aportes en salud y pensión.

§04.2. La indexación por el retroactivo adeudado, así como los intereses moratorios por dicho concepto; o en subsidio, los intereses moratorios por principio de favorabilidad.

§04.3. Las costas del proceso.

§05. Como hechos la demanda precisó que la señora Luz Marina Orozco Flórez, prestó sus servicios en un cargo administrativo en establecimientos educativos en Caldas, desde el 1 de septiembre de 1991 hasta el 31 de diciembre de 2002.

§06. En cumplimiento del proceso de descentralización educativa dispuesto en la Ley 60 de 1993, el personal del sector educativo fue trasladado del sector nacional a la gobernación de Caldas, mediante la Resolución 3500 de 1996 del Ministerio de Educación Nacional y el Decreto departamental 21 de 1997.

§07. Luego, el personal que prestaba servicios en la ciudad de Manizales, fue trasladado a esta alcaldía el 1º de enero de 2003.

§08. Con respecto al tiempo de servicios prestados en la gobernación de Caldas, los salarios del personal administrativo trasladado no fueron nivelados con los salarios departamentales que reportaban mejores ingresos, en violación del principio de igualdad.

§09. El **8 de septiembre de 2000** la parte demandante, junto con otros empleados, solicitaron la nivelación salarial. Entre dicha fecha y el 2005 la parte actora reiteró verbalmente la petición. El **11 de julio de 2005** la parte accionante presentó solicitud escrita en el mismo sentido.

§10. El Ministerio de Educación Nacional y los departamentos iniciaron el trámite de la nivelación salarial a través de los siguientes actos: la Directiva ministerial 10 de 2005, la Resolución 2171 del 17 de mayo de 2006, el estudio técnico correspondiente aprobado por el ministerio el 30 de marzo de 2007, el Decreto departamental 399 del 20 de abril de 2007 que homologó los cargos y niveló los salarios, la Resolución departamental 2915 del 10 de agosto de 2007 que ordenó el pago de la nivelación salarial

§11. Sin embargo, en el caso de la parte demandante, la nivelación se hizo de la siguiente manera: como la petición de su nivelación se hizo el **11 de julio de 2005**, la nivelación sería desde el **11 de julio de 2002** al **31 de diciembre de 2002**, sin que se tuviera en cuenta el periodo **22 de agosto de 1997 al 10 de julio de 2002**.

§12. La parte accionante recibió el pago de esta nivelación el **8 de agosto de 2007**, pero al ver que lo cancelado **no** incluía el período del **22 de agosto de 1997 al 10 de**

julio de 2002, hizo el reclamo verbal y el sindicato lo hizo por escrito el 3 de diciembre de 2008.

§13. La secretaría de educación departamental, a través del **primer acto demandado**, el **oficio SED 978 del 22 de diciembre de 2008**, no accedió a la revisión de lo pagado, porque no encontró la solicitud de la actora del 22 de agosto de 2000. Esta petición fue aportada luego a la secretaría el 17 de diciembre de 2009.

§14. La secretaría de educación departamental solicitó al ministerio la revisión y ajuste de la nivelación por los oficios SED 0345 del 17 de junio de 2008 y GJSED 1497 del 22 de mayo de 2009. El ministerio aprobó la modificación del estudio técnico por el oficio 200EE29765 del 1 de junio de 2009, por lo que el departamento expidió el decreto 337 de 2010, y el ministerio certificó la deuda por el oficio 2011EE63868 del 5 de octubre de 2012, para el periodo 1997 a 2009.

§15. En el caso de la parte demandante, se ajustó la nivelación salarial por las siguientes resoluciones: **1971-6 del 22 de marzo de 2013**, aclarada por la **4610-6 del 4 de julio de 2013**, modificada por la **9096-6 del 11 de diciembre de 2014**. Y se pagó el ajuste el **7 de junio de 2013** y el **23 de diciembre de 2014**.

§16. Pero quedó siempre faltando el reconocimiento del periodo **22 de agosto de 1997 al 10 de julio de 2002**, que es motivo de esta demanda.

§17. El 13 de diciembre de 2016 la parte demandante nuevamente solicitó el reconocimiento de la nivelación del **22 de agosto de 1997 al 10 de julio de 2002**. La secretaría de educación departamental negó la solicitud por el oficio **UJSED-920 del 20 de diciembre de 2016**, **acto demandado**.

§18. El **24 de julio de 2017** la actora nuevamente elevó petición en el mismo sentido, lo cual fue vuelto a negar por la secretaría departamental por la **Resolución 8402-6 del 31 de octubre de 2017**, **acto demandado**.

§19. La parte actora estimó como violadas las siguientes normas: artículos 1, 2, 13, 25, 53, 58, 93, 123, 209, 350 de la Constitución Política, 41 del Decreto 3135 de 1968, 102 del Decreto 1848 de 1969, 12 del convenio 95 de 1949 y la Ley 60 de 1993.

§20. Los fundamentos del concepto de violación son la vulneración de los principios de trabajo igual salario igual, incluidos en el artículo 53 de la Constitución Política. Además, la necesidad de la nivelación salarial de los cargos administrativos de los establecimientos educativos fue reconocida por los conceptos 1607 del 9 de diciembre de 2004 y 2301 del 14 de diciembre de 2016 del Consejo de Estado y la Directiva presidencial 10 de 2005.

§21. Por ello, la nivelación salarial debió realizarse desde el 10 de febrero de 1997, cuando el cargo de la parte actora fue asumido por la gobernación de Caldas.

§22. Y en el caso de la parte accionante, debió tenerse en cuenta la presentación de la petición del **22 de agosto de 2000**, y la prescripción prevista en los artículos 151 del CPL, y 41 del Decreto 3135 de 1968, lo que extendería el reconocimiento de la nivelación salarial hasta el **22 de agosto de 1997**.

1.2. Contestación de la gobernación de Caldas²

§23. Se opuso a las pretensiones.

§24. En cuanto a los hechos aceptó las peticiones y actos administrativos presentados. Aclaró que la petición hecha por la parte actora el **22 de agosto de 2000** interrumpió la prescripción por una sola vez por un periodo igual. Pero como la segunda petición se hizo el **11 de julio de 2005**, por encima del periodo de interrupción de la prescripción, el reconocimiento de la nivelación se hizo desde el **11 de julio de 2002**. Luego se presentaron reclamaciones en igual sentido el 3 de diciembre de 2008, el 17 de diciembre de 2009, el 6 de diciembre de 2013 y el 13 de diciembre de 2016.

§25. **Propuso y sustentó como medios exceptivos:**

§25.1. **Caducidad:** Como lo que pretende la parte demandante no es una prestación periódica, la actora debió presentar la demanda dentro de los cuatro meses siguientes a la notificación de cada acto demandado. Y una vez contabilizado el plazo junto con la presentación de la conciliación previa, se superaron los plazos para presentar la demanda.

§25.2. **Prescripción:** Conforme a los artículos 175 del C.P.A.C.A. 102 del Decreto 1848 de 1969 y el Decreto 3115 de 1965.

§25.3. **Falta de legitimación en la causa por pasiva -Inexistencia de la obligación con fundamento en la Ley:** Preciso que conforme al concepto 10 de junio de 2005 y la resolución 2171 de mayo de 2006, le compete al Ministerio de Educación Nacional el reconocimiento de la homologación salarial.

§25.4. **Buena fe:** El ente territorial obró en forma correcta.

§25.5. **Inaplicabilidad de los intereses moratorios:** Con base en recientes sentencias del Consejo de Estado, las cuales indican que en el proceso de nivelación salarial de los cargos administrativos del sector educativo se aplica por la indexación, y no puede reconocerse intereses moratorios.

1.3. Contestación de la Nación - Ministerio de Educación Nacional ³

§26. Se opuso a las pretensiones. Solo se aceptaron los hechos que estaban demostrados documentalmente. En los fundamentos de la defensa expuso lo relacionado con el proceso de descentralización de la educación dispuesto por los artículos 34 y 38 de la Ley 715 de 2001. Aclaró que el pago de cualquier condena le corresponde a FIDUPREVISORA S.A.

§27. **Propuso y sustentó como medios exceptivos:**

² (Fls. 127- 132, c1)

³ (Fs. 99 - 117, c1)

§27.1. **Falta de legitimación en la causa por pasiva – Ineptitud de la demanda:** La base de esta excepción es que los actos demandados fueron suscritos por la Secretaría de Educación de la gobernación de Caldas, quien está a cargo de la planta de personal del sector educativo público, por el proceso de descentralización de la educación conforme a las Leyes 43 de 1975, 60 de 1993, y 715 de 2001.

§27.2. **Prescripción:** Solicitó que se aplique el fenómeno prescriptivo, conforme a los artículos 151 del CPL, 41 del Decreto 3135 de 1968 y 102 del Decreto 1848 de 1969.

§27.3. **Caducidad:** Manifestó que la decisión de la administración adquirió firmeza hace más de diez años, por lo que la demanda no se presentó dentro del plazo de 4 meses previsto en el artículo 164.2.d del CPAC.

1.4. Audiencia Inicial ⁴

§28. En desarrollo de la audiencia inicial, el magistrado ponente dispuso que las excepciones de “*falta de legitimación en la causa por pasiva*”, “*prescripción*”, “*caducidad*” y “*inepta demanda*” se resolverían en la sentencia en el fondo del asunto, dada la complejidad y necesidad de pruebas. Luego de fijado el litigio, se dispuso la práctica de pruebas pedidas por las partes y ordenadas de oficio.

§29. En la audiencia de pruebas se recolectaron las pruebas y se dio traslado de alegatos por escrito. ⁵

1.5. Alegatos de Conclusión

§30. La Nación – Ministerio de Educación presentó alegatos de conclusión, insistiendo en su falta de legitimación en la causa para actuar en el proceso⁶. Las partes demandante, la gobernación de Caldas y el Ministerio Público permanecieron silentes.

2. Consideraciones del Tribunal

2.1. Competencia

§31. La Sala es competente para decidir conforme al artículo 152 del CPACA, y 182A.3 de la Ley 2080 de 2021.

2.4. Lo demostrado en el proceso

§32. La señora Luz marina Orozco Flórez prestó sus servicios en el cargo de auxiliar de servicios generales – plaza nacional- en el Jardín Infantil Nacional, en el municipio de Manizales de la siguiente manera: (i) del 01/09/1991 al 31/12/2002 a cargo de la

⁴ (fs. 216-220, c1A)

⁵ (fs. 238-2390 vto, c1A).

⁶ (fs. 249-252, c1A)

gobernación de Caldas (f. 44 c.1); y, (ii) del 01/01/2003 al **30 de noviembre de 2016** a cargo de la alcaldía de Manizales. (fs. 2 y 17 c.3)

§33. El 22 de agosto de 2000 la parte demandante y 6 personas más solicitaron a la secretaría departamental de educación su inclusión en el estudio y posterior pago del proceso de homologación salarial. (f. 18 c.1)

§34. El 8 de septiembre de 2000 la secretaría departamental de educación contestó que no tenía autorización para realizar la nivelación salarial. (f.19 c.1)

§35. El 23 de febrero de 2007 la gobernación de Caldas remitió al Ministerio de Educación Nacional el estudio técnico de homologación y nivelación salarial de los cargos administrativos del sector educativo en Caldas.⁷

§36. El 1 de junio de 2007 el Ministerio de Educación Nacional aceptó el estudio de homologación y nivelación salarial de los cargos administrativos del sector educativo en Caldas.⁸ El estudio contiene: (i) la planta de cargos con escalas salariales de los años 2008 y 2009; (ii) en el listado de ingresos y su indexación desde 1997 hasta 2009, la parte demandante, LUZ MARINA OROZCO FLÓREZ aparece en el número 362, solo se incluyó el ingreso del 2002 y su indexación, mientras que para otros empleados sí se consideró la indexación desde 1997 (página 6 de 9); (iii) se tuvo en cuenta en la liquidación los aportes de pensión, salud y demás parafiscales.

§37. En las declaraciones de los señores Germán Alonso Toro Villa y Gilberto Isaza Flórez informaron que los empleados administrativos del sector educativo y el sindicato que los agremiaba, entre ellos la parte demandante, reiteradamente solicitaron la nivelación salarial, como en varias reuniones con empleados de la secretaría de educación.

§38. Por medio de la Resolución 2915 del 10 de agosto de 2007 expedida por la secretaría departamental de educación, se le reconoció la nivelación salarial a la parte demandante, por valor de \$252.384.⁹

§39. El 17 de junio de 2008 la Secretaría de Educación departamental solicitó al ministerio la revisión de la homologación y nivelación salarial. Entre las razones aducidas fue que para algunos empleados no fueron liquidados los retroactivos entre 1997 a 2001, pese a que habían presentado peticiones entre 1998, 1999, 2000 hasta 2006.¹⁰

§40. Estudio técnico del 26 de mayo de 2009, donde se propone al Ministerio unas correcciones respecto a los valores de los salarios considerados en el estudio técnico anterior y homologaciones de cargos.¹¹

§41. El 17 de diciembre de 2009 SINTRAEDUC solicitó que se reconociera a la demandante la nivelación salarial.¹²

⁷ Cd. F.11 c.4)

⁸ Cd. F.11 c.4)

⁹ (fs. 20-21 vto, c1).

¹⁰ Cd. F.11 c.4)

¹¹ Cd. F.11 c.4)

¹² (fs. 19-20 c.2)

§42. El 4 de agosto de 2011 el Ministerio de Educación Nacional certificó el costo acumulado para la homologación de cargos en la gobernación de Caldas.¹³

§43. Por medio de la Resolución 1971-6 del 22 de marzo de 2013, se reconoció y ordenó el pago por concepto de la nivelación salarial de la parte demandante, por valor de \$3.653.110. Fue notificado el 24 de julio de 2013.¹⁴

§44. El 6 de diciembre de 2013 el Sindicato de Trabajadores de la Educación solicitó a la secretaría departamental de educación que se pagara la nivelación completa a algunos empleados administrativos del sector educativo, entre ellos la parte demandante.¹⁵

§45. La Resolución No. 4610-6 del 4 de julio de 2013 aclaró el anterior acto, ordenando el pago de \$3.782.567 a favor de la parte accionante. Fue notificado el 24 de julio de 2013.¹⁶

§46. El 10 de agosto de 2013 la parte demandante presentó recursos de reposición y en subsidio el de apelación, contra las resoluciones 4610-6 del 4 de julio de 2013 y la 1971-6 del 22 de marzo de 2013, insistiendo que se hiciera una nueva liquidación.¹⁷

§47. La Resolución 9096-6 del 11 de diciembre de 2014, por medio de la cual se ordenó el pago de una indexación por valor de \$250.214. Fue notificado el 16 de diciembre de 2014.¹⁸

§48. El 24 de julio de 2017, el profesional universitario de la secretaría departamental de educación certificó que **los dineros pagados** a la parte demandante corresponden a la nivelación correspondiente al periodo **11 de julio de 2002 al 31 de diciembre de 2002**.¹⁹

§49. Certificado de salarios pagados a la parte demandante de 1997 al 2002. En el periodo entre 1997 hasta julio de 2002 se señaló que la asignación básica no fue nivelada.²⁰

§50. El 13 de diciembre de 2016 la parte demandante solicitó a la secretaría departamental de educación el reconocimiento y pago de la nivelación salarial por la homologación del cargo administrativo en el sector educativo, por el periodo comprendido entre **el 22 de agosto del año 1997 hasta el 10 de julio del año 2002**.

§51. La secretaría departamental de educación negó la solicitud por el **oficio UJSED-920 del 20 de diciembre de 2016, acto demandado**, porque ya fue rechazada por el oficio SED-978 del 22 de diciembre de 2008.

¹³ Cd. F.11 c.4)

¹⁴ (Fs. 29 a 32 c.1)

¹⁵ (f. 36-37. c.1)

¹⁶ (fs. 29 a 35 c.1).

¹⁷ (fs. 3-6, c3).

¹⁸ (fs. 38-40, c1).

¹⁹ (fs. 42-43, c1)

²⁰ (fs. 44-48 c.1)

§52. El 24 de julio de 2017 la parte demandante volvió a solicitar el reconocimiento de la nivelación salarial del periodo entre el **22 de agosto de 1997 al 10 de julio de 2002**, lo cual fue negado por la **Resolución 8402-6 del 31 de octubre de 2017, acto demandado**.

2.5. De las excepciones propuestas

§53. Antes de abordar el fondo del asunto, el Tribunal se pronunciará sobre las excepciones propuestas de “*caducidad*”, “*falta de legitimación en la causa por pasiva*” e “*ineptitud de la demanda*”, propuestas por las entidades demandadas.

2.5.1. La excepción de caducidad

§54. En torno a este aspecto, el artículo 164.2.d del CPACA señala que “... *Cuando se pretenda la nulidad y restablecimiento del derecho, la demanda deberá presentarse dentro del término de cuatro (4) meses contados a partir del día siguiente al de la comunicación, notificación, ejecución o publicación del acto administrativo, según el caso, salvo las excepciones establecidas en otras disposiciones legales.*”

§55. Este plazo puede suspenderse por una sola vez, con la presentación de la solicitud de conciliación extrajudicial establecida en los artículos 2121 de la Ley 640 de 2001 y 3²² del Decreto 1716 de 2009 y solo hasta que esta se lleve a cabo.

§56. En materia de nivelación salarial, el Consejo de Estado en acto judicial del 4 de marzo de 2021²³ estimó que mientras la relación laboral permanezca vigente, los pagos y prestaciones que se hagan al empleado tienen carácter periódico:

²¹ Ley 640 de 2001. Artículo 21. Suspensión de la prescripción o de la caducidad. La presentación de la solicitud de conciliación extrajudicial en derecho ante el conciliador suspende el término de prescripción o de caducidad, según el caso, hasta que se logre el acuerdo conciliatorio o hasta que el acta de conciliación se haya registrado en los casos en que este trámite sea exigido por la ley o hasta que se expidan las constancias a que se refiere el artículo 2^o. de la presente ley o hasta que se venza el término de tres (3) meses a que se refiere el artículo anterior, lo que ocurra primero. Esta suspensión operará por una sola vez y será improrrogable.

²² Decreto 1716 de 2009. Artículo 3°. Suspensión del término de caducidad de la acción. La presentación de la solicitud de conciliación extrajudicial ante los agentes del Ministerio Público suspende el término de prescripción o de caducidad, según el caso, hasta:

a) Que se logre el acuerdo conciliatorio, o b) Se expidan las constancias a que se refiere el artículo 2° de la Ley 640 de 2001, o c) Se venza el término de tres (3) meses contados a partir de la presentación de la solicitud; lo que ocurra primero.

En caso de que el acuerdo conciliatorio sea improbadado por el juez o magistrado, el término de caducidad suspendido con la presentación de la solicitud de conciliación se reanuda a partir del día hábil siguiente al de la ejecutoria de la providencia correspondiente.

La improbación del acuerdo conciliatorio no hace tránsito a cosa juzgada.

Parágrafo único. Las partes por mutuo acuerdo podrán prorrogar el término de tres (3) meses consagrado para el trámite conciliatorio extrajudicial, pero en dicho lapso no operará la suspensión del término de caducidad o prescripción.

²³ CONSEJO DE ESTADO - SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO - SECCIÓN SEGUNDA-SUBSECCIÓN A- Consejero ponente: GABRIEL VALBUENA HERNÁNDEZ- Bogotá, D.C., cuatro (4) de marzo de dos mil veintiuno (2021).- Radicación número: 76001-23-33-000-2016-00777-01(1313-18)

“En ese sentido, la jurisprudencia²⁴ de esta corporación ha precisado que para determinar tal connotación en las reclamaciones que traten sobre acreencias de tipo laboral, debe atenderse a la vigencia de la relación laboral, pues en la medida en que permanezca activa, continúa la regularidad en los pagos que percibe el trabajador y la prestación adquiere el carácter de periódico, condición que se pierde una vez se concluye el nexo laboral y en consecuencia tendría que tenerse en cuenta los términos antes mencionados para acudir a la jurisdicción.

*De manera que las prestaciones periódicas han sido entendidas como aquellos pagos que permanecen en el tiempo, que para el caso de un trabajador **se causan mientras subsista la relación laboral o con ocasión de ella**, pero al no ser vitalicio como una pensión sino finito e intuitu personae²⁵ se extingue al configurarse la desvinculación laboral.”*

§57. En el presente caso, la parte demandante dejó de laborar el **30 de noviembre de 2016** en la alcaldía de Manizales. (f. 17 c.3)

§58. Y desde dicha fecha, los salarios y prestaciones dejaron de ser periódicos.

§59. La parte accionante presentó diversas solicitudes para la nivelación salarial del período **22 de agosto de 1997 al 10 de julio de 2002**, en las siguientes fechas: 22 de agosto de 2000, 23 de febrero de 2007, 17 de diciembre de 2009, 6 de diciembre de 2013, **13 de diciembre de 2016 y 24 de julio de 2017.**

§60. Para la sala son de especial importancia las peticiones generadas luego de la desvinculación de la parte demandante hecha el **30 de noviembre de 2016**, cuando los salarios y prestaciones dejaron de ser periódicos:

§60.1. La petición del 13 de diciembre de 2016, fue contestada por el oficio UJSED-920 del 20 de diciembre de 2016. Según la parte demandante, tuvo conocimiento de este acto el 21 de diciembre de 2016 (f. 5v c.1)

A partir de esta solicitud tenía hasta el sábado 22 de abril de 2017 para presentar la demanda, que se extiende hasta el lunes 24 abril de 2017.

El 9 de marzo de 2017 solicitó la conciliación prejudicial, suspendiendo el plazo

²⁴ Auto Consejo de Estado, M.P. Suárez Vargas, Rafael Francisco, radicado: 76001 23 33 000 01502 01 (3353-2018) de 6 de febrero de 2020, actor: Alba Inés Jiménez Vásquez. Auto. M.P. Hernández Gómez, William, radicado: 05001 23 33 000 2014 02240 01 (1215-2015) de 20 de septiembre de 2018, actor: Fresia Milena Penagos Berrio. Auto. M.P. Palomino Cortés, César, radicado: 68001 23 33 000 2014 00265-01 (2278-2015) de 20 de septiembre de 2018, actor: Universidad Industrial de Santander. Sentencia, M.P. Perdomo Cuéter, Carmelo, radicado: 25000 23 25 000 2011 00114 01 (0767-2014) de 29 de junio de 2017, actor: Jhon freddy Martínez Sanabria.

²⁵ Ver diccionario del español jurídico, <https://dej.rae.es/lema/intuitu-personae>: En consideración a las cualidades de la persona.

por 46 días, y el certificado de no conciliación se emitió el 26 de abril de 2017.

De esta manera el domingo 11 de junio de 2017, se vencieron los 46 días de suspensión del plazo, que se extienden hasta el lunes **12 de junio de 2017**.

La demanda fue presentada el **26 de julio de 2017**, por fuera del plazo de caducidad.

§60.2. En la reforma de la demanda se adicionó en los hechos que el 24 de julio de 2017 la parte demandante insistió en la petición la cual fue negada por la Resolución 8402-6 del 31 de octubre de 2017. Como se había terminado la vinculación el **30 de noviembre de 2016**, y ya había presentado una anterior solicitud el 13 de diciembre de 2016, la parte actora intentó volver a agotar la vía administrativa, para revivir términos de caducidad, cuando ya había caducado el plazo para presentar la demanda de prestaciones que ya no eran periódicas.

§61. La sala no desconoce que este Tribunal en sentencia del 25 de marzo de 2021, con ponencia del Doctor CARLOS MANUEL ZAPATA JAIMES en un proceso similar accedió a las pretensiones de la demanda (radicado 17001-23-33-000-2018-00205-00). Sin embargo, en dicho caso, el demandante presentó la demanda cuando aún estaba vinculado a la alcaldía de Manizales, por lo que reclamaba prestaciones periódicas, lo que no sucede en el actual proceso.

2.5.2. ¿La expedición del concepto 2301 de la Sala de Consulta y Servicio Civil es un hecho nuevo que permite volver a demandar la negación de una prestación no periódica?

§62. El 18 de mayo de 2017, se levantó la reserva del concepto 2301²⁶ del 14 de diciembre de 2016 de la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado, sobre la homologación del servicio educativo – modificación, estudios técnicos requeridos, pago y prescripción, donde conceptuó:

“III. La Sala RESPONDE:

Si la homologación y nivelación salarial de una persona no fue realizada adecuadamente por deficiencias en el estudio técnico realizado para el efecto, ¿tiene derecho a que se le modifique esa homologación y nivelación?;

Sí tiene derecho, con fundamento en la garantía constitucional a la igualdad material establecida en el artículo 13 de la Carta Política, y en el principio constitucional “a trabajo igual, salario igual”.

(...)

¿Ese derecho prescribe? ¿Opera la prescripción para el pago de

²⁶ CONSEJO DE ESTADO- SALA DE CONSULTA Y SERVICIO CIVIL- Consejero ponente: ÁLVARO NAMÉN VARGAS- Bogotá, D.C., catorce (14) de diciembre de dos mil dieciséis (2016)- Radicación número: 11001-03-06-000-2016-00109-00(2301)

retroactivo? ¿En cuánto tiempo y en qué condiciones?

El derecho de los servidores actualmente vinculados a las plantas de personal de las entidades territoriales a solicitar la revisión de su remuneración, como consecuencia de defectos en el proceso de homologación y nivelación salarial derivado de la descentralización del servicio educativo, no prescribe. El retroactivo está sujeto a la prescripción trienal prevista en la ley, de modo que una vez sea hecha una corrección de la homologación o el funcionario la solicite (y sea procedente), solo se podría reconocer el retroactivo hasta tres (3) años antes de esa circunstancia.”-sft-

§63. La reserva del concepto fue levantada el 18 de mayo de 2017.

§64. Es del caso estudiar si este concepto es un *hecho nuevo* que sea constituya en una excepción a la caducidad de la acción.

§65. Al respecto, el Consejo de Estado²⁷ señaló que, en el caso de prestaciones no periódicas, “... *existiendo un hecho nuevo que genera una expectativa legítima de mejoramiento de un derecho laboral económico...*”, el ciudadano puede volver a agotar la vía administrativa y demandar el acto administrativo:

*“[...] De la naturaleza de la cesantía y caducidad de los actos que reconocieron anualmente este auxilio a la actora. Tanto la doctrina como la jurisprudencia han precisado que la **cesantía es una prestación social que no es periódica**, sino que se causa por períodos determinados, lo que implica que el derecho a percibirla se agote al concluir el ciclo que la origina y que obliga a la administración a reconocerla y pagarla, emitiendo para ello un acto administrativo cuya legalidad puede controvertirse, previo agotamiento de la vía gubernativa, si a ello hubiere lugar, dentro de los cuatro meses siguientes a su notificación, so pena de que se produzca la caducidad de la acción al tenor de lo dispuesto en el artículo 134 del C. C. A. **En ese orden de ideas, en principio no es factible que con una petición posterior se pueda solicitar a la administración la revisión del valor reconocido por dicho concepto.***

*Este criterio, sin embargo, no puede aplicarse de manera general y sin tener en cuenta el contexto en el cual se origina la nueva petición, pues tal y como ocurre en este evento, cuando se ha expedido un acto administrativo anual de liquidación que no fue controvertido ni en sede gubernativa ni judicial, puede asumirse que esta ausencia de controversia obedeció a la seguridad que el beneficiario tenía de que su derecho había sido bien liquidado. Pero si ejecutoriado este acto **surge en beneficio del administrado una expectativa legítima de incremento porcentual en la base liquidatoria de su cesantía anual, es decir, un hecho nuevo producto de decisiones judiciales de anulación de normas, que resulta aplicable a su situación y lo faculta para solicitar a la administración la respectiva reliquidación.***

[...]

Ocorre sin embargo, que con posterioridad a estas decisiones, surgió para la funcionaria una expectativa legítima de un derecho que finalmente se concretó con la anulación de las normas que le restaban el carácter salarial al 30% que a título de

²⁷ Consejo de Estado - CONSEJO DE ESTADO- SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO- SECCIÓN SEGUNDA – SUBSECCIÓN “A”- Consejero ponente: Dr. WILLIAM HERNÁNDEZ GÓMEZ- Bogotá, D. C., abril veintiuno (21) de dos mil dieciséis (2016)

prima especial percibía el servidor, razón por la cual, desde este momento puede decirse que nace para cada uno de los servidores de la Fiscalía General de la Nación a los que se dirigía la norma anulada, el derecho a que dentro de la base liquidatoria de las prestaciones y las cesantías se incluya el 30% percibido a título de prima especial, es decir, que surge un derecho subjetivo que faculta al administrado para solicitar a la administración su reconocimiento.

[...]

Consecuente con lo anterior y como la exigibilidad tuvo lugar con plena certeza a partir de la expedición de las sentencia anulatorias citadas, los servidores o ex servidores de la Fiscalía General de la Nación, podían reclamar su reconocimiento, sin que se pueda afirmar, como lo hace la primera instancia, que lo pretendido era revivir los términos de caducidad para acudir a la jurisdicción, pues como bien lo dice la demandante, no se está discutiendo el contenido de los actos que le reconocieron anualmente la cesantía, sino la negativa a la inclusión de un derecho económico que surgió con posterioridad a este reconocimiento.

Es decir que, existiendo un hecho nuevo que genera una expectativa legítima de mejoramiento de un derecho laboral económico, el administrado una vez agotada la vía gubernativa queda facultado para acudir a la jurisdicción en acción de nulidad y restablecimiento del derecho para que sea la jurisdicción de lo contencioso administrativo la que decida sobre la viabilidad de acceder o no a su pretensión de reliquidación, tal y como ocurrió en este evento

[...]

De esta manera la Sala se aparta del criterio acogido en algunas decisiones en las que se ha aceptado la configuración de la caducidad que conduce a proferir fallo inhibitorio frente a la pretensión de reliquidación del auxilio de cesantía, porque se insiste, la exigibilidad tuvo lugar con plena certeza a partir de la expedición de las sentencias a que se ha venido haciendo referencia [...]"

§66. De esta manera, el hecho nuevo hace que surja "... en beneficio del administrado una expectativa legítima...". En la jurisprudencia previamente citada, este hecho nuevo fue una sentencia de anulación de una norma general.

§67. En la teoría jurídica tradicional, el hecho jurídico es la primera parte de la norma jurídica, al cual se le da una consecuencia jurídica. Así el hecho jurídico puede abarcar "... 1) Acciones del hombre que se diferencian de los hechos de la naturaleza. 2) Acciones que se predicán (o imputan) de o a determinados seres, esto es, sujeto de derecho o personas. 3) Estas personas o sujetos de derecho son las personas físicas o naturales y las personas colectivas o jurídicas. ..."²⁸.

§68. Ferrajoli²⁹ prefiere el concepto de causa como:

"... cualquier comportamiento jurídicamente relevante por los 'efectos' conectados al mismo por alguna regla jurídica. (...)

(...) viene a configurarse como el término clave de toda la teoría del derecho. Al tratarse de un comportamiento y, como diremos mejor, de un acto, designa «el arte» —como escribió Thomas Hobbes¹— por el que cualquier efecto jurídico está producido y por consiguiente el carácter artificial —o positivo—

²⁸ Rocha Ochoa, Cesáreo. Introducción a la teoría del derecho. Cuarta edición. Universidad del Rosario. P.262

²⁹ Ferrajoli, Luigi. Principia iuris. 1. Teoría del derecho. Editorial Trotta. 2007. P. 251

de todo fenómeno relevante en el derecho moderno. E incluye todos los eventos previstos por reglas como productores de efectos jurídicos: en primer lugar, los preceptos deónticos que disponen efectos deónticos en el mundo del derecho, como las leyes, las sentencias, los negocios jurídicos y todos los demás actos preceptivos que imponen deberes, confieren poderes o de uno u otro modo constituyen o modifican situaciones jurídicas, ya sean modalidades o expectativas; en segundo lugar, los preceptos constitutivos de efectos ónticos, como por ejemplo los actos institutivos de personas jurídicas o los constitutivos de estatus jurídicos correspondientes a personas o a bienes; finalmente, los comportamientos jurídicamente prohibidos y los obligatorios, como los actos ilícitos y los de cumplimiento, productores los unos de la sujeción a sanciones y los otros de la extinción de las obligaciones y de la satisfacción de las expectativas correspondientes. Quedan en cambio excluidos del mismo, como se ha dicho, los llamados «hechos jurídicos», una noción de la que sostendré en el § 5.6 que es inconsistente.”

§69. En cuanto a las *consecuencias jurídicas* de los conceptos de la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado, la jurisprudencia señaló: “... *advierte la Sala que aquélla no cumple funciones jurisdiccionales, y sus conceptos no son de obligatorio cumplimiento, máxime cuando el sentido y alcance de la ley que aplica el operador jurídico son claros.*”³⁰

§70. De esta manera, no puede concluirse que la expedición del concepto 2301 de 2016 ya citado, tenga como *consecuencia jurídica* la creación de una expectativa legítima para la parte demandante de la modificación de la liquidación de la nivelación salarial del proceso de homologación.

§71. Así, la emisión del señalado concepto 2301 no se constituye en un *hecho jurídico nuevo*, y de esta manera no se afecta el fenómeno jurídico de la caducidad.

§72. De esta forma, queda demostrado que se configuró el fenómeno de la caducidad, y se declarará probada esta excepción.

2.5. COSTAS

§73. Conforme al artículo 47 de la Ley 2080 de 2021, la demanda fue presentada con fundamento legal, por lo que no se condenará en costas a la parte demandante.

§74. Es por lo discurrido que la sala sexta de decisión del Tribunal Administrativo de Caldas, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

³⁰ CONSEJO DE ESTADO- SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO - SECCION CUARTA- Consejero ponente: WILLIAM GIRALDO GIRALDO- Bogotá, D. C., julio dieciocho (18) de dos mil once (2011)- Radicación número: 73001-23-31-000-2005-03086-01(17527)

SENTENCIA

PRIMERO: DECLÁRASE PROBADA la excepción de caducidad propuesta pro las entidades demandadas.

SEGUNDO: NEGAR las pretensiones de la demanda.

TERCERO: SIN COSTAS.

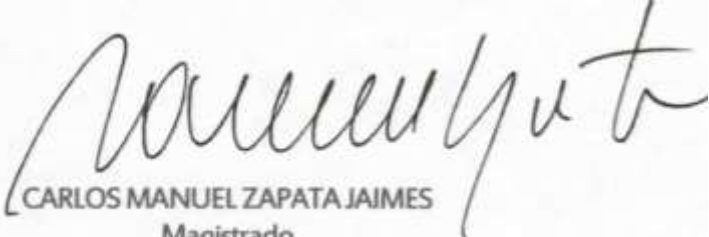
CUARTO: Notifíquese la presente providencia conforme al artículo 203 del CPACA.

QUINTO: En firme la sentencia, archívese el expediente previa anotación en el programa informático “Justicia Siglo XXI”.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

Los Magistrados


PUBLIO MARTÍN ANDRÉS PATIÑO MEJÍA


CARLOS MANUEL ZAPATA JAIMES
Magistrado



PATRICIA VARELA CIFUENTES

Magistrada

**TRIBUNAL ADMINISTRATIVO
DE CALDAS**

NOTIFICACIÓN POR ESTADO

No. 169

FECHA: 21/09/2021

Firmado Por:

Publio Martin Andres Patiño Mejia
Magistrado
Mixto 006
Tribunal Administrativo De Manizales - Caldas

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica, conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

Código de verificación:

e63af38a1b4e1a3711d034905992f98d62a0493c5effdbf8931e14eaac9abd34

Documento generado en 20/09/2021 11:01:25 AM

Valide este documento electrónico en la siguiente URL:
<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>

**REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL
TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS**

**Sala Sexta de Decisión
Magistrado Ponente: Publio Martín Andrés Patiño Mejía**

Sentencia de Primera Instancia

**Medio de Control: Nulidad y Restablecimiento de Derecho
Radicación: 170013333000-2017-00546-00
Demandante: Elkin Alberto Ossa Carvajal
Demandado: Caja de Sueldos de la Policía Nacional
Acto Judicial: Sentencia 095**

Manizales, veinte (20) de septiembre de dos mil veintiuno (2021).

Proyecto discutido y aprobado en Sala de la presente fecha.

§01. **Síntesis:** El demandante pretende el reconocimiento de la asignación de retiro por prestar 20 años de servicios a la Policía, pese a que fue retirado por destitución, conforme al Decreto 1212 de 1990. La Policía defendió que el actor requiere 25 años de servicios, según el artículo 2º del Decreto 1858 de 2012. La sala accede a las pretensiones, porque el Consejo de Estado declaró la nulidad de la última norma citada, y conforme a la jurisprudencia, debe aplicarse al actor lo previsto en el Decreto 1212 de 1990.

§02. La sala dicta sentencia de primera instancia en el medio de control de **nulidad y restablecimiento del derecho** de carácter laboral, promovido por el señor **Elkin Alberto Ossa Carvajal**, demandante, contra la **Caja de Sueldos de la Policía Nacional – CASUR**, demandada.

1. Antecedentes

1.1. La demanda que solicita el reconocimiento de la asignación de retiro¹

§02. El actor pretende que se declare la nulidad del oficio 14528 / GAG — SDP del 18 de agosto de 2015 proferido por la Caja de Sueldos de Retiro de la Policía Nacional – CASUR, que negó el reconocimiento de la asignación mensual de retiro al señor INTENDENTE (R) ELKIN ALBERTO OSSA CARVAJAL.

§03. En restablecimiento del derecho, se ordene: (i) A CASUR que reconozca la asignación de retiro al demandante, equivalente al 70% de la mesada pensional por haber laborado 20 años, 5 meses y 8 días, con base en el artículo 144 del Decreto 1212 de 1990 y la Ley 923 de 2004; (ii) A CASUR que pague en forma indexada todas las sumas correspondientes a la asignación de retiro, primas, subsidios, aumentos legales,

¹ (fs. 3 a 51 c.1)

conforme al artículo 140 de Decreto 1212 de 1990, y las costas del proceso; (iii) se declare la excepción de inconstitucionalidad del artículo 2º del Decreto 1858 de 2012.

§04. Como hechos describió que el señor ELKIN ALBERTO OSSA CARVAJAL prestó sus servicios de la siguiente manera:

§04.1. Del 15 de noviembre de 1993 hasta el 15 de mayo de 1995, en el servicio militar obligatorio.

§04.2. Del 5 de agosto del año 1996 hasta el 30 de julio de 1997, en la Escuela de formación Policial.

§04.3. Por 20 años, 5 meses y 8 días, hasta el 04 de abril de 2015, con el último cargo de Intendente, equivalente por homologación al grado de Sargento Segundo.

§05. De esta manera, ya había superado los veinte años para acceder a la asignación de retiro conforme al artículo 144 del Decreto 1212 de 1990.

§06. Mediante la Resolución 000933 del 25 de marzo del año 2015 el accionante fue retirado por destitución.

§07. CASUR negó la petición por medio del **oficio 14528 / GAG — SDP** del 18 de agosto de 2015, argumentando que no cumplía con los 25 años de servicios requeridos por los Decretos 1091 de 1995, 4433 de 2004 y 1858 de 2012.²

§08. Como normas violadas por el acto demandado pormenorizó los artículos: 1, 2, 4, 6, 13, 29, 48, 53, 58, 150.19.3, 209, 218, 220 y 228 de la Constitución Política, 137.2, 138, 148 del CPACA; 140, 144 del Decreto 1212 de 1990, 25 del Decreto 4433 de 2004, 51 del Decreto 1091 de 1993, 2 del Decreto 1858 de 2012; las leyes 62 de 1993, 180 de 1995, 923 de 2004, y el Decreto 2070 de 2000.

§09. Sustentó en el concepto de violación que los miembros de la Policía del nivel ejecutivo se les aplica el régimen de los Decretos 1212 y 1213 de 1990, y no los decretos 1091 de 1995, 2070 de 2003, 4433 de 2004, 1858 de 2012. Esto porque los últimos decretos extraordinarios sobrepasaron las facultades legales propias del Congreso, y de esta manera son inconstitucionales.

§10. Para el presente caso, el Decreto 1212 de 1990 otorga la asignación de retiro en varios eventos, entre ellos por separación del cargo con el cumplimiento de 20 años de servicios.

§11. El artículo 2º de la ley 923 de 2004, marco del régimen pensional y de asignación de retiro de la fuerza pública, estableció el respeto de los derechos adquiridos. En este sentido, el artículo 3º ídem dispuso que en el reconocimiento de la asignación de retiro a los miembros activos no se exigiría un mayor tiempo de servicios que el estipulado en disposiciones vigentes, esto es el Decreto 1212 de 1990.

§12. Además, los decretos que trataron de aumentar el tiempo de servicios para el personal que ingresó al nivel Ejecutivo fueron declarados nulos: 1091 de 1995, 4433

² F. 52 c.1

de 2004. En igual vicio incurre el actual artículo 2º del Decreto 1818 de 2012, motivo por el cual fue suspendido provisionalmente.

1.2. Contestación de CASUR³

§13. La caja se opuso a las pretensiones. Frente a los hechos admitió los tiempos de servicios y el retiro del actor.

§14. En las razones de la defensa, la caja recalcó que el actor ingresó como alumno el 5 de agosto de 1996, por lo que se debe aplicar la Ley 108 de 1995 y los decretos 1091 de 1995, 4433 de 2004 y 1858 de 2012, los cuales exigen 25 años de servicios para el reconocimiento de la asignación de retiro a quienes sean destituidos.

§15. Por estas razones, la caja también propuso la excepción de **INEXISTENCIA DEL DERECHO**.

§16. En el traslado de excepciones, la parte demandante hizo hincapié que no puede aplicarse al demandante el decreto 1091 de 1995, pues fue declarado nulo, y en su apoyo citó jurisprudencia del Consejo de Estado acerca de los efectos de esta nulidad respecto a los vinculados al 1º de julio de 1995 al nivel ejecutivo.

1.3. Audiencia inicial y conciliación

§17. El 17 de junio de 2019, se realizó la audiencia inicial, y en la etapa de conciliación se propuso un arreglo entre las partes. Sin embargo, en caso de no aprobarse dicha conciliación, se optó por suspender dicha etapa de conciliación para el final de la audiencia. De esta manera se continuó con la fijación del litigio, el decreto de pruebas, y los alegatos serían presentados al día siguiente de la audiencia. Luego se reanudó la etapa de conciliación, donde la propuesta fue aprobada por las partes, y sería estudiada por la sala.

1.4. Alegatos

§18. La parte demandante anunció que en la sentencia del 3 de septiembre de 2018 el Consejo de Estado declaró la nulidad del artículo 2º del Decreto 1858 de 2012, con efectos desde que se expidió (*ex tunc*), por lo que las pretensiones tienen plena validez.⁴

§19. La parte demandada expresó su conocimiento de la sentencia del 3 de septiembre de 2018, antes citada, por lo que presentó oferta de conciliación reconociendo el 77% de la asignación de retiro, superior a las pretensiones de la demanda. Solicitó que, en caso de una sentencia condenatoria, se tenga en cuenta lo relacionado con la prescripción y no se condene en costas.

³ (FLS 174-207)

⁴ Fs. 329 a 346 c.1.

2. Consideraciones

2.1. Competencia

§20. La Sala es competente para decidir conforme al artículo 152 del CPACA.

2.2. Problema jurídico

§21. ¿El acto demandado es nulo, por exigir que el demandante cumpla con 25 años de servicios para tener derecho a la asignación de retiro, por causa de la destitución?

2.3. Lo demostrado en el proceso

§22. Conforme al formato de hoja de servicios⁵ del señor ELKIN ALBERTO OSSA CARVAJAL, prestó sus servicios por 20 años, 5 meses y 8 días, de la siguiente manera:

§22.1. Del 15 de noviembre de 1993 hasta el 15 de mayo de 1995, en el servicio militar obligatorio, por 1 año y 6 meses.

§22.2. Del 5 de agosto del año 1996 hasta el 30 de julio de 1997, como alumno nivel ejecutivo, por 10 meses y 24 días.

§22.3. En el nivel ejecutivo del 30 de junio de 1997 al 4 de abril de 2015, por 17 años, 9 meses 4 días.

§23. Mediante la Resolución 000933 del 25 de marzo del año 2015⁶ el actor fue retirado por destitución.

§24. El demandante solicitó a la demandada el reconocimiento de la asignación de retiro, que fue negado por el **oficio 14528 / GAG — SDP** del 18 de agosto de 2015⁷, porque no cumplía con los 25 años de servicios requeridos por los Decretos 1091 de 1995, 4433 de 2004 y 1858 de 2012.

2.4. Régimen legal aplicable.

§25. El nivel ejecutivo de la Policía Nacional se originó en el año de 1993, pues previamente, no había sido contemplado en la estructura de la institución, tal y como se observa en los Decretos 1212 y 1213 de 1990, y para acceder a la asignación de retiro, se exigía un tiempo de servicio de 20 años en caso de separación del servicio.

Decreto 1212 de 1990

«ARTÍCULO 144. ASIGNACION DE RETIRO. Durante la vigencia del presente Estatuto, los Oficiales y Suboficiales de la Policía Nacional que sean retirados

⁵ F. 65 c.1

⁶ F. 66 c.1

⁷ F.

del servicio activo después de quince (15) años, por llamamiento a calificar servicios, o por mala conducta, o por no asistir al servicio por más de cinco (5) días sin causa justificada, o por voluntad del Gobierno o de la Dirección General de la Policía Nacional, o por sobrepasar la edad máxima correspondiente al grado, o por disminución de la capacidad sicofísica, o por incapacidad profesional, o por conducta deficiente y los que se retiren o sean separados con más de veinte (20) años de servicio, tendrán derecho a partir de la fecha en que terminen los tres (3) meses de alta, a que por la Caja de Sueldos de Retiro de la Policía Nacional se les pague una asignación mensual de retiro equivalente al cincuenta por ciento (50%) del monto de las partidas de que trata el artículo 140 de este Estatuto, por los quince (15) primeros años de servicio y un cuatro por ciento (4%) más por cada año que exceda a los quince (15), sin que el total sobrepase del ochenta y cinco por ciento (85%) de los haberes de actividad.[...]»

Decreto 1213 de 1990

«ARTÍCULO 104. Asignación de retiro. Durante la vigencia del presente Estatuto, los Agentes de la Policía Nacional que sean retirados del servicio activo después de quince (15) años, por disposición de la Dirección General, o por sobrepasar la edad máxima correspondiente a su categoría, o por mala conducta comprobada, o por disminución de la capacidad sicofísica, o por inasistencia al servicio y los que se retiren a solicitud propia después de los veinte (20) años de servicio, tendrán derecho a partir de la fecha en que terminen los tres (3) meses de alta, a que por la Caja de Sueldos de Retiro de la Policía Nacional se les pague una asignación mensual de retiro equivalente a un cincuenta por ciento (50%) del monto de las partidas de que trata el artículo 100 de este Estatuto, por los quince (15) primeros años de servicio y un cuatro por ciento (4%) más por cada año que exceda de los quince (15) sin que el total sobrepase del ochenta y cinco por ciento (85%) de los haberes de actividad. [...]»

§26. Luego, el artículo transitorio de la Ley 62 del 12 de agosto de 1992 concedió facultades para que el Ejecutivo adoptara el régimen de pensiones para el personal del nivel ejecutivo.

§27. De esta manera, el Gobierno Nacional profirió el Decreto Ley 41 del 10 de enero de 1994, y en el artículo 1 incluyó el nivel ejecutivo en la estructura de la Policía Nacional y admitió el ingreso a ella a los suboficiales (art. 18) y a los agentes (art. 19). El Decreto Ley 41 de 1994 ya mencionado, fue declarado inexecutable por la sentencia C-417 de 1994 de la Corte Constitucional.

§28. En desarrollo del Decreto Ley 41 de 1994 el artículo 53 del Decreto 1029 de 1994 aumentó el tiempo de servicios para obtener la asignación de retiro de los miembros del nivel ejecutivo destituidos, entre 20 y 25 años. Este artículo fue declarado nulo en la sentencia del 16 de abril de 2020 de la Subsección A de la Sección Segunda del Consejo de Estado⁸.

⁸ CONSEJO DE ESTADO - SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCIÓN - SEGUNDA – SUBSECCIÓN A Consejero ponente: Dr. WILLIAM HERNÁNDEZ GÓMEZ Bogotá, D.C., dieciséis (16) de abril de dos mil veinte (2020) Referencia: NULIDAD Radicación: 11001-03-25-000-2014-01107 00 (3494-2014)

§29. Seguidamente, el artículo 82 del Decreto Ley 132 de 1995 prohibió desmejorar a los integrantes de la policía por su ingreso al nivel ejecutivo, e incorporó al nivel ejecutivo a quienes habían sido agregados por el anulado Decreto Ley 41 de 1994.

§30. El artículo 51 del Decreto 1091 de 1995 volvió a aumentar el tiempo de servicios para tener derecho a la asignación de retiro de los miembros destituidos, entre 20 a 25 años. Esta norma fue declarada nula por la sentencia del 14 de febrero de 2007 de la Sección Segunda del Consejo de Estado.

§31. El artículo 10° del Decreto Ley 1791 de 2000 señaló que el personal de suboficiales y agentes de la policía se sometería al régimen salarial y prestacional del nivel ejecutivo. Esto fue aclarado por la Corte Constitucional en la sentencia C-691 de 2003, en el sentido que no podía desmejorarse las condiciones salariales y prestacionales de quienes venían ya vinculados con la Policía y procedían a optar por el traslado al nivel Ejecutivo.

§32. Posteriormente, el artículo 25 del Decreto Ley 2070 de 2003 señaló un tiempo de entre 20 y 25 años para los oficiales y personal del nivel ejecutivo para acceder a la asignación de retiro. Esta norma fue declarada inexecutable por la sentencia C-432 de 2004 de la Corte Constitucional.

§33. El Decreto 4433 del 2004 volvió a imponer un tiempo de labor de 20 a 25 años, según la causa del retiro, para los oficiales y el personal del nivel ejecutivo de la Policía Nacional. Esta previsión fue invalidada por las declaraciones de nulidad de los artículos 25, parágrafo 2°, 14, 15 -parágrafo, 24, 25 parágrafo 1° y 30 del Decreto 4433, en las sentencias del 12 de abril de 2012 y 23 de octubre de 2014 de la Sección Segunda del Consejo de Estado.

§34. Pero para cuando se expidieron estas sentencias, el gobierno emitió el Decreto 1858 de 2012, base de la discusión de este proceso, y en su artículo 2° aumentó a 25 años el tiempo de servicios, para que un miembro destituido tuviera derecho a la asignación de retiro:

“ARTÍCULO 2. Fijase el régimen pensional y de asignación de retiro para el personal que ingresó al Nivel Ejecutivo de la Policía Nacional por incorporación directa hasta el 31 de diciembre de 2004, los cuales tendrán derecho cuando sean retirados de la institución con veinte (20) años o más de Servicio por llamamiento a calificar servicios, o por voluntad del Director General de la Policía por delegación, o por disminución de la capacidad psicofísica, y los que se retiren a solicitud propia o sean retirados o separados en forma absoluta o destituidos después de veinticinco (25) años de servicio, tendrán derecho a partir de la fecha en que terminen los tres (3) meses de alta, por la Caja de Sueldos de Retiro de la Policía Nacional, se les pague una asignación mensual de retiro equivalente a un setenta y cinco por ciento (75%) del monto de las partidas de que trata el artículo 3o del presente decreto, por los primeros veinte (20) años de servicio y un dos por ciento (2%) más, por cada año que exceda de los veinte (20), sin que en ningún caso sobrepase el ciento por ciento (100%) de tales partidas.”-sft-

§35. Este artículo fue declarado nulo por el Honorable Consejo de Estado en sentencia del 03 de septiembre de 2018, radicado 11001-03-25-000-2013-00543-00 (1060-2013):

“En conclusión de esta primera disquisición, la Sala encuentra que por remisión expresa de la Ley 923 de 2004, a los miembros de la Policía Nacional, entre los cuales se hallan los que integran el nivel ejecutivo, que se encontraran activos al momento de la expedición de la Ley, esto es, al 31 de diciembre de 2004, no se les puede exigir un tiempo de servicio, para efectos de acceder a la asignación de retiro, superior al establecido en los Decretos 1212 y 1213 de 1990, por ser esta la normativa que se encontraba vigente para dicho momento, cuando quiera que la causal de retiro invocada sea la de solicitud propia, ni inferior a 15 años cuando la desvinculación se produzca por cualquier otra causal.

(...)

Así las cosas, a partir de la integración normativa que por vía de remisión interpretativa se realiza entre las disposiciones contenidas en el artículo 3.1, inciso 2 de la Ley 923 de 2004 y las establecidas en los artículos 144 y 104 de los Decretos 1212 y 1213 de 1990, respectivamente, es posible realizar una lectura omnicomprendensiva del límite material establecido para acceder al derecho de asignación de retiro del personal del Nivel Ejecutivo de la Policía Nacional que se encontrara en servicio activo al 31 de diciembre de 2004; de tal manera que este quedaría literalmente precisado así:

A los miembros de la Fuerza Pública en servicio activo a la fecha de entrada en vigencia de la presente Ley, no se les exigirá como requisito para el reconocimiento del derecho un tiempo de servicio superior a 20 años cuando el retiro se produzca por solicitud propia, ni inferior a 15 años cuando el retiro se produzca por cualquier otra causal.

(...)

En efecto, con la expedición del artículo 2 del Decreto 1858 de 2012 el Gobierno Nacional desconoció las previsiones normativas contenidas en la Ley marco 923 de 2004 al exigirle al personal vinculado con el Nivel Ejecutivo de la Policía Nacional incorporado directamente y en servicio activo al 31 de diciembre de 2004, requisitos más gravosos para acceder al derecho de la asignación de retiro, toda vez que al establecer como tiempos mínimos y máximos de retiro entre 20 y 25 años, según la causal, contravino los términos establecidos en la normativa superior que se restringen a los mínimos y máximos de 15 a 20 años de servicio.”

§36. En un caso individual similar al presente, el Consejo de Estado estimó que la norma aplicable al retiro de un miembro del nivel ejecutivo incorporado antes de 2004, era el Decreto 1212 de 1990:

“...la Sala considera que el Tribunal Administrativo de Cundinamarca incurrió en defecto sustantivo por desconocimiento del precedente judicial dado que desconoció la regla jurisprudencial establecida en la sentencia proferida por la Sección Segunda Subsección “B” del Consejo de Estado

en donde se estableció que con la entrada en vigencia de la Ley 923 del 2004 para efectos del reconocimiento de la asignación de retiro se debía aplicar el régimen de transición señalado en el artículo 3°, ordinal 3.1. Inciso segundo, teniendo en cuenta que el único condicionamiento, al momento de la entrada en vigencia de dicha norma, era que la persona se encontrara en servicio activo de la Fuerza Pública.

En ese orden de ideas, conforme al régimen de transición para el reconocimiento de la asignación de retiro resultaba entonces aplicable el artículo 144 del Decreto 1212 de 1990.⁹ /Resaltado de la Sala/.

§37. Del mismo modo, ha de tenerse en cuenta otro pronunciamiento de la Alta Corporación, que data del 19 de abril de 2018, Consejero Ponente: William Hernández Gómez, radicado número 05001233300020130192201, en donde se deja consignado lo siguiente:

*“Conforme al régimen de transición para el reconocimiento de la asignación de retiro del demandante le es aplicable el artículo 144 del Decreto 1212 de 1990 que señala para el caso concreto 15 años de servicios para el reconocimiento de la mencionada prestación, **cuando el retiro se produjera por causa distinta a la voluntad propia**, requisito que cumple el demandante toda vez que según la hoja de servicios al momento de su retiro del servicio contaba con un tiempo de servicio de 17 años, 3 meses y 28 días y su retiro se generó con ocasión de destitución (folio 2). /Negrilla del texto/*

En consecuencia, el demandante al haber sido miembro activo de la Policía Nacional al momento de la entrada en vigencia de la Ley 923 del 2004 es beneficiario del régimen de transición del artículo 3° ordinal 3.1. ibídem y, en esa medida, para el reconocimiento de la asignación de retiro no se le puede exigir un tiempo de servicio superior al señalado en el artículo 144 del Decreto 1212 de 1990 (15 años), el cual le es aplicable teniendo en cuenta la condición que ostentaba al momento de su retiro como intendente de la institución.

De igual forma, es pertinente señalar que al demandante no se le puede aplicar el Decreto 1858 del 2012 para el reconocimiento de la asignación de retiro, pues de hacerlo se desconocería que el régimen de transición garantizaba la expectativa para que la situación de quienes se encontraban en servicio activo de la Policía Nacional, continuara rigiéndose por el Decreto 1212 de 1990, en lo que tiene que ver con el tiempo de servicio. /Líneas de la Sala/

Así las cosas, el demandante tiene derecho al reconocimiento de la asignación de retiro desde la terminación de los tres meses de alta del cargo que desempeñó en la Policía Nacional y que fue retirado de forma absoluta a través de la Resolución 02766 del 10 de agosto de 2011¹⁰, a partir del 12 de agosto de 2011, por lo que los tres meses de alta terminarían el 12 de noviembre de 2011.

Para la liquidación de la asignación de retiro se tendrá en cuenta que el monto conforme el artículo 144 del Decreto 1212 de 1990 corresponderá al 50% de las partidas de que trata el artículo 140 ibídem, por los 15 primeros años de servicio

⁹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, Consejero Ponente: Hernando Sánchez Sánchez, con fecha del 1 de marzo de 2018 y radicado número 11001-03-15-000-2017-03432-00

¹⁰ Conforme se observa en el formato de hoja de servicio del demandante obrante a folio 60 del expediente.

y un cuatro por ciento 4% más por cada año que exceda a los quince (15), pero que el total no sobrepase del ochenta y cinco por ciento (85%) del mismo monto y sin que opere la prescripción cuatrienal, en la medida que el demandante presentó la solicitud de reconocimiento de la asignación de retiro en el año 2013 (folio 6), es decir, dentro del término del artículo 174 del Decreto 1212 de 1990.
/Líneas de la Sala/

§38. En antecedente de este Tribunal del 19 de julio de 2019, con ponencia del Doctor JAIRO ÁNGEL GÓMEZ PEÑA se siguió la anterior línea, de la siguiente manera:

“La jurisprudencia del Consejo de Estado, antes citada, establece de manera clara que para acceder a la asignación mensual de retiro por parte del personal del nivel ejecutivo de la Policía Nacional que al 31 de diciembre de 2004 se encontrara en servicio activo, no se puede exigir un tiempo de servicios superior al establecido en los Decretos 1212 y 1213 de 1990.”

2.5. Caso concreto

§39. En la presente situación, el actor ingresó al nivel ejecutivo antes del 31 de diciembre de 2004, específicamente el 5 de agosto de 1996¹¹. Y prestó servicios por 20 años, 5 meses y 8 días. Mediante la Resolución 000933 del 25 de marzo del año 2015¹² el actor fue retirado por destitución.

§40. CASUR negó la concesión de la asignación de retiro, por el **oficio 14528 / GAG — SDP** del 18 de agosto de 2015¹³, argumentando que no cumplía con los 25 años de servicios requeridos por los Decretos 1091 de 1995, 4433 de 2004 y 1858 de 2012.

§41. Encuentra la Sala que al señor ELKIN ALBERTO OSSA CARVAJAL, le es aplicable lo dispuesto en la Ley 923 de 2004, toda vez que el mismo se vinculó a la Policía Nacional. Aunado a ello se observa que el demandante laboró por un tiempo de 20 años, 5 meses y 8 días, con el que da cumplimiento al término previsto por el Decreto 1212 de 1990 para obtener la asignación de retiro.

§42. En consecuencia, no se declarará probada la excepción de inexistencia del derecho propuesta por la demandada, y se declarará la nulidad el **oficio 14528 / GAG — SDP** del 18 de agosto de 2015¹⁴ expedido por CASUR.

§43. A título de restablecimiento del derecho, se reconocerá la asignación de retiro al señor ELKIN ALBERTO OSSA CARVAJAL, en un porcentaje del setenta por ciento (70%), de acuerdo a lo establecido en los artículos 140 y 144 del Decreto 1212 de 1990, el cual deberá pagarse a partir de la fecha de retiro.

¹¹ F. 65 c.1

¹² F. 66 c.1

¹³ F.

¹⁴ F.

2.6. Prescripción

§44. Toda vez que el retiro del actor se hizo efectivo el 4 de abril de 2015, el acto demandado fue expedido el 18 de agosto de 2015 y la demanda se presentó el 2 de agosto de 2017, no se produjo el fenómeno de la prescripción.

§45. Los valores reconocidos corresponderán a las sumas de dinero dejadas de percibir, debidamente actualizados mediante la aplicación de los ajustes de valor, para lo cual, la entidad demandada tendrá en cuenta la fórmula siguiente:

$$R = RH \times \frac{\text{ÍNDICE FINAL}}{\text{ÍNDICE INICIAL}}$$

§46. En donde R se determina multiplicando el valor histórico RH que es lo dejado de pagar al demandante, por el guarismo que resulte de dividir el índice final de precios al consumidor, certificado por el DANE, y vigente en la fecha de ejecutoria de esta providencia, por el índice inicial vigente de las series de empalme para la fecha en que debió de hacerse el pago.

§47. Por tratarse de pagos de tracto sucesivo, la fórmula se aplicará separadamente mes por mes para cada mesada, teniendo en cuenta que el índice final es el vigente al momento de la acusación de cada uno de ellos.

§48. Con posterioridad a la ejecutoria de la sentencia, las sumas dejadas de percibir, generarán los intereses establecidos en el art. 192, 195 y siguientes del CPACA, hasta la fecha en que efectivamente se realice el pago.

2.7. Condena en costas.

§49. Conforme al artículo 188 del C.P.A.C.A., se condenará en costas a la parte demandada, las cuales se liquidarán conforme a los artículos 365 y subsiguientes del Código General del Proceso. Igualmente, se fijan las agencias en derecho equivalentes a DOS MILLONES CIEN MIL (\$2.100.000), teniendo en cuenta la gestión realizada por el apoderado de la parte demandante en esta instancia.

§50. En mérito de lo expuesto, el Tribunal Administrativo de Caldas, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

Sentencia

PRIMERO: DECLÁRESE, la nulidad del Oficio 14528 / GAG — SDP del 18 de agosto de 2015, por proferido por el Director General de la Caja de Sueldos de Retiro de la Policía Nacional - Brigadier General ® JORGE ALIRIO BARON LEGUIZAMON, mediante el cual negó el reconocimiento de la ASIGNACION MENSUAL DE RETIRO (PENSION) al demandante señor Intendente ELKIN ALBERTO OSSA CARVAJAL, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva.

SEGUNDO: A título de restablecimiento del derecho, se ordena a la **CAJA DE SUELDOS DE RETIRO DE LA POLICÍA NACIONAL-CASUR** que reconozca y pague al señor ELKIN ALBERTO OSSA CARVAJAL, una asignación mensual de retiro en la forma indicada en el artículo 144 del Decreto 1212 de 1990, a partir del 26 de noviembre de 2014 atendiendo las consideraciones y parámetros expuestos en la parte motiva de esta providencia.

TERCERO: DECLARAR no probada, la excepción de Inexistencia del Derecho, en el proceso.

CUARTO: ORDENAR, a la **CAJA DE SUELDOS DE RETIRO DE LA POLICÍA NACIONAL- CASUR**, dar cumplimiento a la sentencia en los términos previstos en los artículos 192, 194 y 195 de la ley 1437 de 2011.

QUINTO: CONDENASE, a **CAJA DE SUELDOS DE RETIRO DE LA POLICÍA NACIONAL- CASUR**, en costas de primera instancia, las cuales serán liquidadas conforme a lo establecido en el art 366 del C.G.P. Se fijan las agencias en derecho equivalentes a DOS MILLONES CIEN MIL (\$2.100.000) a cargo de la parte demandada y a favor del actor.

SEXTO: Notifíquese conforme lo dispone el artículo 203 del CPACA.

SÉPTIMO: Ejecutoriada esta providencia, háganse las anotaciones pertinentes en el programa informático “Justicia Siglo XXI”.

Notifíquese Y Cúmplase

Los Magistrados



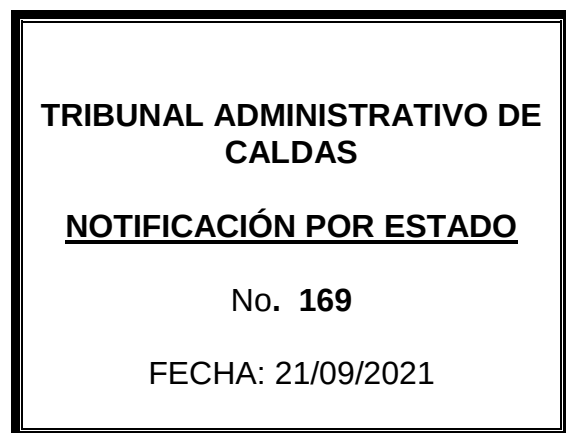
PUBLIO MARTÍN ANDRÉS PATIÑO MEJÍA



CARLOS MANUEL ZAPATA JAIMES
Magistrado



PATRICIA VARELA CIFUENTES
Magistrada



Firmado Por:

***Publio Martin Andres Patiño Mejia
Magistrado
Mixto 006
Tribunal Administrativo De Manizales - Caldas***

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica, conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

*Código de verificación:
9fadff2ad45e74c2fdb1bb2a4ab4cbf331217fd1679cae64457f8f5cf8cd99de
Documento generado en 20/09/2021 11:01:56 AM*

***Valide este documento electrónico en la siguiente URL:
<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>***

República de Colombia
Rama Judicial



Honorable Tribunal Administrativo de Caldas
Sala Sexta de Decisión
Magistrado Ponente: Publio Martín Andrés Patiño Mejía

Sentencia de primera instancia

Medio de control: Nulidad y restablecimiento del derecho
Demandante: Merardo Arias Quiceno
Demandado: Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social - UGPP
Radicado: 170001-23-33-000-2017-00554-00
Acto judicial: Sentencia 093

Manizales, veinte (20) de septiembre de dos mil veintiuno (2021).

Proyecto discutido y aprobado en Sala de la presente fecha.

§01. **Síntesis:** La parte demandante solicita se otorgue la pensión de sobrevivientes en calidad de cónyuge supérstite. La sala encuentra que se configuran los elementos para conceder la prestación social.

§02. La sala dicta sentencia de primera instancia en el medio de control de **nulidad y restablecimiento del derecho**, promovido por **Merardo Arias Quiceno**, demandante, contra la **Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social - UGPP**, demandada.

1. Antecedentes

1.1. La demanda que solicita el reconocimiento de una pensión de sobrevivientes¹

§03. La parte demandante pretende que: (i) se declare la nulidad de las **Resoluciones RDP 029131 del 09 de agosto de 2016** y **RDP 002123 del 24 de enero de 2017** expedidas por la UGPP, que negaron en sedes administrativa y de apelación la pensión de sobrevivientes al señor **Merardo Arias Quiceno**; (ii) Como restablecimiento se reconozca y condene a la demandada al pago de la pensión de sobrevivientes de la pensión de la señora Marleny de Carmen Pino Jiménez, a partir del 28 de julio de 2012, además del pago del retroactivo y las costas del proceso.

§04. Como hechos se describió que la señora Marleny del Carmen Pino Jiménez y el actor contrajeron matrimonio el 31 de julio de 1982. De la unión nacieron: Lina María y Stefanía Arias Pino, actualmente mayores de edad.

¹ Fl 2 a 16; C1

§05. CAPRECOM le reconoció a la esposa, señora Pino Jiménez, la pensión de invalidez, mediante la Resolución 2491 del 25 de octubre de 1995.

§06. El 11 de noviembre de 1997 la pareja conformada por Marleny de Carmen Pino Jiménez y Merardo Arias Quiceno, demandante, liquidaron la sociedad conyugal por la escritura pública 2010 protocolizada en la Notaría Única de la Dorada- Caldas.

§07. Expuso que lo anterior no implicó la separación de cuerpos, y la pareja continuó conviviendo como cónyuges hasta el momento del fallecimiento de la señora Pino Jiménez, el 27 de julio de 2012.

§08. El 03 de junio de 2016 el actor solicitó a la UGPP el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes en calidad de cónyuge supérstite, la cual fue negada por la Resolución RDP 029131 del 09 de agosto de 2016. Por lo que interpuso recurso de apelación, el cual fue decidido por la Resolución RDP002123 del 24 de enero de 2017 que confirmó la decisión de negar el derecho reclamado. La razón principal fueron las dudas en cuanto a la convivencia de la pareja los últimos cinco años previos al fallecimiento de la causante.

§09. Invocó como normas violadas los artículos 46 y 47 de la Ley 100 de 1993, 7 del Decreto 1160 de 1989, las Leyes 33 de 1973, 12 de 1975, 44 de 1980 y 113 de 1985.

§10. El actor recalcó que el artículo 7º del Decreto 1160 de 1989 preveía que no se tenía el derecho a la sustitución pensional, cuando se hubiera disuelto la sociedad conyugal, pero dicho aparte fue declarado nulo por la sentencia del 8 de junio de 1993 del Consejo de Estado, por estar vigente el vínculo matrimonial.

1.2. La UGPP contestó que el actor se separó de cuerpos de la causante ²

§11. Se opuso a las pretensiones, y solo le consta los actos administrativos expedidos por la entidad.

§12. Invocó como fundamentos de derecho los artículos 47, 74 y 163 de la Ley 100 de 1993, modificados por la Ley 797 de 2003.

§13. Propuso y sustentó como medios exceptivos los siguientes:

§13.1. Proceder legal de la entidad demandada: La accionada señaló que en la investigación que se realizó para el estudio de la prestación, se constató que no hubo convivencia entre la pareja, porque se allegaron estos elementos de juicio: (i) una declaración ante notario donde un declarante señaló que la pareja del señor Merardo Arias Quiceno y Marleny de Carmen Pino Jiménez convivieron juntos desde 1982 hasta el fallecimiento de la señora Pino Jiménez; (ii) se recaudó el dictamen de la pérdida de capacidad laboral donde quedó consignado que la causante Pino Jiménez era soltera; (iii) en la escritura de liquidación de la sociedad conyugal se manifestó que habría separación de cuerpos luego de esa liquidación.

² Fl.97 a 104 C1

§13.2. **Buena fe de la demandada:** La unidad insistió que obró de buena fe por la estricta aplicación de la Constitución y la Ley.

§13.3. **Prescripción:** Se solicitó que, en caso de prosperar las pretensiones, se aplique la prescripción, según lo previsto en los artículos 488 del C.S. del T. y 151 del C.P. del T.

§13.4. **Genérica.**

1.3. Audiencia inicial y tránsito procesal³

§14. En desarrollo de la audiencia inicial el Magistrado Ponente indicó que la excepción de prescripción se definiría en el fondo del asunto. Una vez fijado el litigio se decretaron las pruebas, entre ellas las testimoniales solicitadas por la parte demandante que fueron recaudadas en la audiencia de pruebas.

1.4. Alegatos de Conclusión

§15. La parte actora y la UGPP presentaron sus alegatos en término. El Ministerio Público no se pronunció⁴.

1.5.1. La parte demandante⁵ solicitó que se acceda a las pretensiones, con apoyo en las declaraciones rendidas en el plenario, que fueron claras en: (i) la convivencia permanente e ininterrumpida del actor con la causante; y, (ii) la información de que la causante era soltera, que quedó inscrita en la calificación de la pérdida de capacidad laboral 24707673, se debió a una fuerte medicación psiquiátrica.

1.5.2. La parte demandada⁶ reiteró los argumentos expuestos en la contestación de la demanda. Solicitó no tener en cuenta los testimonios de Estefanía Arias Pino y Lina María Arias Pino, por pertenecer al mismo grupo familiar del actor. Señaló, que el accionante no tenía una dependencia económica con la causante, ningún tipo de bien mueble o inmueble en común, y que no hay ningún tipo de afiliación por parte de la causante hacia el demandante.

2. Consideraciones

2.1. Competencia

§16. La Sala es competente para decidir conforme al artículo 152 del CPACA.

2.2. Problema jurídico

§17. ¿El señor Merardo Arias Quiceno tiene derecho a la pensión de sobrevivientes por la muerte de la señora Marleny del Carmen Pino Jiménez, pensionada y en calidad de cónyuge supérstite?

³ Fl. 116 a 119., C1

⁴ Fl. 144, 149 C1

⁵ Fl. 144 C1

⁶ Fl. 154 a 148 C1

§18. ¿Se configuró la prescripción de las mesadas pensionales?

2.3. Lo demostrado en el proceso

§19. La señora Marleny del Carmen Pino Jiménez nació el 12 de febrero de 1953. A la vigencia de la Ley 100 de 1993, el 1º de abril de 1994 tenía más de 35 años, es decir, 41 años.

§20. El señor Merardo Arias Quiceno nació el 20 de abril de 1955.⁷

§21. Marleny del Carmen Pino Jiménez y Merardo Arias Quiceno se casaron el 31 de julio de 1982⁸.

§22. Las señoras Stefanía Arias Pino y Lina María Arias Pino declararon individualmente ante notario, esta misma declaración que sus padres “*convivieron como pareja, de manera ininterrumpida, compartiendo su morada, su lecho y su mesa, brindándose -sic- apoyo mutuo en todos los aspectos de la vida desde el año 1994 y hasta el 27 de julio de 2012 fecha en que falleció mi madre...*”⁹

§23. Por medio de la Resolución 2491 del 25 de octubre de 1995 CAPRECOM reconoció la pensión de invalidez a la señora Marleny del Carmen Pino Jiménez¹⁰.

§24. La señora Marleny del Carmen Pino Jiménez falleció el 27 de julio de 2012¹¹.

§25. El 03 de junio de 2016 el actor solicitó el reconocimiento pensional de sobreviviente ante la UGPP¹².

§26. Por medio de la Resolución **RDP 029131 del 09 de agosto de 2016** la UGPP negó al accionante el reconocimiento pensional¹³ porque existían dudas sobre la convivencia con la causante en los últimos cinco años, con los siguientes razonamientos: (i) se recaudó el dictamen de la pérdida de capacidad laboral donde quedó consignado que la causante Pino Jiménez era soltera; (ii) en la escritura de liquidación de la sociedad conyugal se manifestó que habría separación de cuerpos luego de esa liquidación.

§27. El demandante presentó recurso de apelación contra la decisión¹⁴, el cual fue desatado por la **Resolución RDP 002123 del 24 de enero de 2017**, que confirmó el anterior acto administrativo¹⁵.

§28. Conforme al certificado del Sistema General de Seguridad Social en Salud ADRES, en sus bases de datos no aparece el señor Merardo Arias Quiceno como beneficiario de la señora Marleny del Carmen Pino Jiménez¹⁶.

⁷ F. 17, 18, 21 c.1.

⁸ Fl. 22 C1

⁹ Fl. 23, 24 C1

¹⁰ Fl. 26 a 28 C1

¹¹ Fl. 19C1

¹² Fl. 28 a 31C1

¹³ Fl. 34, 35 C1

¹⁴ Fl. 36, 37 C1

¹⁵ Fl. 38 a 41 C1

¹⁶ Fl. 142 C1

§29. Se recaudaron las declaraciones rendidas por el señor Merardo Arias Quiceno¹⁷ y las señoras Lina María Arias Pino¹⁸ y Stefanía Arias Pino¹⁹, las cuales se analizarán más adelante.

2.1. La pensión de invalidez en el régimen de transición de la Ley 100 de 1993 y su sustitución

§30. Sobre la sustitución pensional o la pensión de sobrevivientes, la Corte Constitucional resaltó que “...*el derecho a la pensión que es una expresión del derecho a la seguridad social consagrado en el artículo 48 de la Constitución Política, y como una prestación que se genera en favor de aquellas personas que dependían económicamente de otra que fallece, con el fin de impedir que deban soportar las cargas materiales y espirituales causadas por esta pérdida. En este sentido, los principios de justicia retributiva y de equidad, son los que justifican que las personas que hacían parte del núcleo familiar del trabajador, tengan derecho a acceder a la prestación pensional del fallecido para mitigar el riesgo de viudez y de orfandad, gozando post-mortem del status laboral del trabajador fallecido.*” (T-245/2017)

§31. El inciso segundo del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 señala que:

“La edad para acceder a la pensión de vejez, el tiempo de servicio o el número de semanas cotizadas, y el monto de la pensión de vejez de las personas que al momento de entrar en vigencia el Sistema tengan treinta y cinco (35) o más años de edad si son mujeres o cuarenta (40) o más años de edad si son hombres, o quince (15) o más años de servicios cotizados, será la establecida en el régimen anterior al cual se encuentren afiliados. Las demás condiciones y requisitos aplicables a estas personas para acceder a la pensión de vejez, se regirán por las disposiciones contenidas en la presente Ley.”

§32. A la vigencia de la Ley 100 de 1993, el 1º de abril de 1994, la señora Marleny del Carmen Pino Jiménez tenía más de 35 años, es decir, 41 años.

§33. La pensión de invalidez fue otorgada por la Resolución 2491 del 25 de octubre de 1995, donde expresamente aplicó el artículo 67 del Decreto 1848 de 1969.

§34. El Decreto 1848 de 1969, reglamentario del Decreto 3135 de 1968, reguló el derecho pensional por invalidez de los empleados oficiales, y estimó como requisitos para su reconocimiento los siguientes:

“ARTÍCULO 61.- Definición.

1. Para los efectos de la pensión de invalidez, se considera inválido el empleado oficial que por cualquier causa, no provocada intencionalmente, ni por culpa grave, o violación injustificada y grave de los reglamentos de previsión, ha perdido en un porcentaje no inferior al setenta y cinco por ciento

¹⁷ Min. 01:10 Cd. “Audiencia de Pruebas”

¹⁸ Min. 00:42:52 Cd. “Audiencia de Pruebas”

¹⁹ Min. 00:11:33 Cd. “Audiencia de Pruebas”

(75%) su capacidad para continuar ocupándose en la labor que constituye su actividad habitual o la profesional a que se ha dedicado ordinariamente.”

§35. En cuanto al reconocimiento a la sustitución pensional el artículo 39 del Decreto 3135 de 1968 consagraba que “... *Fallecido un empleado público o trabajador oficial con derecho o en goce de pensión de invalidez o retiro por vejez, su cónyuge y sus hijos menores de 18 años o incapacitados para trabajar por causa de sus estudios o por invalidez, que dependieren económicamente del causante, tendrán derecho a percibir entre todos, según las reglas del artículo 275 del Código Sustantivo del Trabajo, la pensión respectiva durante los cinco (5) años subsiguientes.*”

§36. Posteriormente dicha preceptiva fue modificada por el artículo 20 del Decreto 434 de 1971²⁰, el cual reconoció el derecho a la sustitución pensional **en goce de la prestación o con el derecho a ella**, respecto a la pensión de invalidez o retiro por vejez, al cónyuge y los hijos menores de 18 años o incapacitados para trabajar por causa de sus estudios o por invalidez, que dependieren económicamente del causante, a percibir entre todos, según las reglas del artículo 275 del Código Sustantivo del Trabajo, la pensión respectiva durante los cinco (5) años subsiguientes.

§37. Posteriormente, la Ley 33 de 1973²¹, señaló como requisito para consolidar el derecho a la sustitución pensional, que el trabajador particular o el empleado o trabajador del sector público, debía estar pensionado **o al momento de su fallecimiento tener el derecho a pensión** de jubilación, **invalidez** o vejez, **la viuda podría reclamar la pensión de forma vitalicia.**

§38. Una vez expedida la Constitución Política de 1991, su artículo 48 señaló que la Seguridad Social es un servicio público de carácter obligatorio y un derecho irrenunciable, de tal manera que es el Estado el obligado a dirigir, coordinar y controlar su efectiva ejecución. Así mismo estableció, con relación a la pensión de sobrevivencia, que sería una prestación del Sistema General de Seguridad Social, cuyos requisitos para su reconocimiento por mandato constitucional, deberán ser definidos mediante las leyes.

§39. El Consejo de Estado aclaró que “... *en materia de reconocimiento de pensión de sobrevivientes, la norma aplicable es la vigente para la fecha del fallecimiento del causante, pues es en este momento en que se causa el derecho a la sustitución pensional.*”²²

§40. Por tanto, en la actualidad no se habla de la sustitución pensional, como quiera que se contempló la pensión de sobrevivientes dentro del Sistema de Seguridad Social

²⁰ Decreto 434 de 1971, Por el cual se dictan normas sobre reorganización administrativa y financiera de las entidades de previsión social de carácter nacional, y se dictan otras disposiciones.

²¹ Ley 33 del 31 de diciembre 1973. por la cual se transforma en vitalicias las pensiones de las viudas. Artículo 1. Fallecido el particular pensionado o con derecho a pensión de jubilación, invalidez o vejez, o un empleado o trabajador del sector público, sea este oficial o semioficial con el mismo derecho, su viuda podrá reclamar la respectiva pensión en forma vitalicia.

(...)

Parágrafo 2. A las viudas que se encuentren en la actualidad disfrutando, o tengan derecho causado a disfrutar, de los cinco (5) años de sustitución de la pensión, les queda prorrogado su derecho dentro de los términos de esta Ley.

²² CONSEJO DE ESTADO- SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO- SECCIÓN SEGUNDA- SUBSECCIÓN B- Consejera ponente: SANDRA LISSET IBARRA VÉLEZ- Bogotá D.C., veintidós (22) de febrero de dos mil dieciocho (2018).- Radicación número: 68001-23-33-000-2014-00062-02(1412-17)

Integral establecido en la Ley 100 de 1993 que entró a regir el 1º de abril de 1994, por mandato de su artículo 151, y es desde esa fecha que se deben aplicar las disposiciones contenidas en dicha ley sobre pensión de sobrevivientes.

§41. Según el Consejo de Estado²³, “... la Ley 100 de 1993 *"Por la cual se crea el sistema de seguridad social integral y se dictan otras disposiciones"*, derogó tácitamente la Ley 12 de 1975, concretamente, porque esta nueva norma reemplazó la sustitución pensional por la pensión de sobrevivientes tanto en el régimen de prima media con prestación definida como en el de ahorro individual, y señaló que esta prestación se obtiene no solamente en el caso del fallecimiento del pensionado sino también en el evento en que el causante que fallezca hubiera cotizado al sistema por lo menos veintiséis (26) semanas, en ése momento, o habiendo dejado de cotizar, efectuara aportes por veintiséis (26) semanas del año inmediatamente anterior.”

§42. El artículo 46 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 12 de la Ley 797 de 2003, expresa que tendrán derecho a la pensión de sobrevivientes los miembros del grupo familiar del pensionado por vejez o invalidez por riesgo común que fallezca.

§43. El artículo 47 de la ley 100, modificado por el artículo 13 de la ley 797, precisa que son beneficiarios de la pensión de sobrevivientes “... *En forma vitalicia, el cónyuge o la compañera o compañero permanente o supérstite, siempre y cuando dicho beneficiario, a la fecha del fallecimiento del causante, tenga 30 o más años de edad. En caso de que la pensión de sobrevivencia se cause por muerte del pensionado, el cónyuge o la compañera o compañero permanente supérstite, deberá acreditar que estuvo haciendo vida marital con el causante hasta su muerte y haya convivido con el fallecido no menos de cinco (5) años continuos con anterioridad a su muerte...*”

2.2. Caso concreto

§44. La causante de la prestación social que pretende el demandante tenía más de 35 años a la vigencia de la Ley 100 de 1993, por lo que se encontraba en el régimen de transición del artículo 36 de la ley 100.

§45. La causante obtuvo la pensión de invalidez por la Resolución 2491 del 25 de octubre de 1995 Caja de Previsión Social de comunicaciones- CAPRECOM -, y se le reconoció bajo el régimen del artículo 67 del Decreto 1848 de 1969.

§46. La causante falleció el 27 de julio de 2012²⁴, por lo que la pensión de sobrevivientes se rige por las previsiones de la ley 100.

§47. El Consejo de Estado²⁵ analizó las diversas situaciones que se pueden presentar entre los cónyuges frente a la pensión de sobrevivientes. Entre estas situaciones, cuando se liquide la sociedad conyugal, el cónyuge supérstite “... *si puede tener*

²³ CONSEJO DE ESTADO- SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO- SECCIÓN SEGUNDA- SUBSECCIÓN B- Consejera ponente: SANDRA LISSET IBARRA VÉLEZ- Bogotá D.C., veintidós (22) de febrero de dos mil dieciocho (2018).- Radicación número: 68001-23-33-000-2014-00062-02(1412-17)

²⁴ FI 19C1

²⁵ CONSEJO DE ESTADO- SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO- SECCIÓN SEGUNDA- SUBSECCIÓN B. Consejero ponente: Sandra Lisseth Ibarra Vélez. Bogotá, D. C., veintiocho (28) de octubre de dos mil dieciséis(2016). Radicación número: 250002342000201401905 01 (2650-2015)

derecho al reconocimiento de la mencionada prestación, si demuestra el apoyo mutuo, la convivencia efectiva, la comprensión y la vida en común durante los últimos 5 años a la muerte del pensionado o afiliado”:

“Se explicó que la separación de hecho, aunque suspenda la convivencia y el apoyo mutuo, no limita los efectos de la sociedad patrimonial conformada en razón del matrimonio, de ahí que no nazca a la vida jurídica la sociedad patrimonial de hecho entre compañeros permanentes. Así, se expone en la providencia que el legislador en la norma demandada “ponderó los criterios de la sociedad patrimonial existente entre los consortes y la convivencia efectiva consolida (sic) con antelación al inicio de la unión marital de hecho, mediante la asignación de una cuota parte de la pensión”²⁶.

Así pues, atendiendo las anteriores consideraciones, la Sala señalará la modalidad de la pensión de sobrevivientes que se otorga al beneficiario en caso de que se cumplan con las condiciones establecidas para ello:

Beneficiario	Modalidad de la pensión	Condiciones
<i>Cónyuge o Compañero permanente mayor de 30 años de edad.</i>	<i>Vitalicia</i>	<i>Edad cumplida al momento del fallecimiento y demuestre vida marital durante los 5 años anteriores a la muerte.</i>
<i>Compañero permanente</i>	<i>Cuota parte</i>	<i>Sociedad anterior conyugal no disuelta y derecho a percibir</i>
<i>Cónyuge y Compañero permanente</i>	<i>Partes iguales</i>	<i>Convivencia simultánea durante los 5 años anteriores a la muerte.</i>
<i>Cónyuge con separación de hecho y Compañero permanente</i>	<i>Partes iguales</i>	<i>Inexistencia de convivencia simultánea, acreditación por parte del cónyuge de la separación de hecho, compañero permanente con convivencia durante los 5 años anteriores a la muerte.</i>
<i>Cónyuge o Compañero permanente menor de 30 años de edad.</i>	<i>Temporal -20 años-</i>	<i>No haber procreado hijos con el causante.</i>

²⁶ Ídem.

Cónyuge o Compañero permanente menor de 30 años de edad.	Vitalicia	Haber procreado hijos con el causante y demuestre vida marital durante los 5 años anteriores a la muerte.

(...)

En el presente caso, se evidencia que la señora I----- liquidó la sociedad conyugal con el señor F----- (q.e.p.d.) en el año de 1992 con lo cual se puede afirmar, que la demandante no tiene derecho al reconocimiento de la pensión de sobrevivientes por cuanto los efectos patrimoniales cesaron una vez se liquidó la sociedad conyugal.

Así pues, el hecho de que las personas que conforman un matrimonio se separen y además liquiden su sociedad conyugal, a pesar de que no terminen los demás efectos civiles del matrimonio católico como lo es el estado civil de la persona, son causales suficientes para perder aquél derecho que le otorga la Ley 100 de 1993 en cuanto al reconocimiento de la pensión de sobrevivientes se refiere, por cuanto, los haberes del pensionado o del afiliado dejan de ser parte de la masa patrimonial que alguna vez conformaron.

Sin embargo, el cónyuge supérstite si puede tener derecho al reconocimiento de la mencionada prestación, si demuestra el apoyo mutuo, la convivencia efectiva, la comprensión y la vida en común durante los últimos 5 años a la muerte del pensionado o afiliado, o en su defecto, que pruebe que la sociedad conyugal que conformó producto del matrimonio, no ha perdido los efectos patrimoniales, circunstancias que no se lograron demostrar en el sub-lite; razón por la que, la Sala, con fundamento en los argumentos expuestos en esta providencia, confirmará la sentencia del A – quo mediante la cual se negaron las súplicas de la demanda interpuesta por la señora I----.”

§48. En el caso bajo examen, la parte actora pretende el reconocimiento y pago de la pensión de sobreviviente, como consecuencia del fallecimiento de la señora Marleny del Carmen Pino Jiménez, en calidad de cónyuge supérstite.

§49. El 31 de julio de 1982 la señora Marleny del Carmen Pino Jiménez y el señor Merardo Arias Quiceno contrajeron matrimonio, y de dicha unión nacieron dos hijas Lina María y Stefanía Arias Pino, quienes en la actualidad son mayores de 25 años de edad. En el registro civil de nacimiento no aparece constancia de liquidación de la sociedad conyugal.²⁷

§50. De los testimonios²⁸ rendidos se resaltan los siguientes aspectos:

§50.1. La señora Stefanía Arias Pino afirmó que es hija de la causante y el demandante. Por esta razón la parte demandada tachó la declaración. La interrogada señaló: (i) que es hija de nacimiento de la señora Pino Jiménez y el señor Arias Quiceno; (ii) que la familia siempre vivió en una casa en la urbanización de Pitalito de la Dorada- Caldas, la cual describió como de dos pisos; (iii) que en 1994 la madre quedó parapléjica por un accidente vial, por lo

²⁷ F. 22 c.1.

²⁸ Fl 136, C1

cual se habilitó el primer piso para su cuidado, y explicó la forma como era su manutención; (iv) la señora Pino Jiménez y el señor Arias laboraban y son pensionados de Telecom; (v) en toda la vida conyugal y en los últimos cinco años de vida los cónyuges estuvieron juntos, el padre la cuidaba en sus necesidades, vestirla, y alimentarla; (vi) no tiene conocimiento si la pareja hizo liquidación de la sociedad conyugal; (vii) en cuanto a que en el formulario de la pérdida de la capacidad laboral apareciera la señora Pino como soltera, se debía a su estado de salud mental negaba que tuviera esposo e hijos, pero ellos siempre estaban a su lado; y, (viii) el señor Arias acompañó a la señora Pino en los momentos de la muerte.

§50.2. La declarante Ana María Arias Pino, afirmó que era hija de la causante y el actor, y fue tachada por la parte demandada. La interrogada señaló: (i) que es hija de nacimiento de la señora Pino Jiménez y el señor Arias Quiceno; (ii) que la familia siempre vivió en una casa en la urbanización de Pitalito de la Dorada-Caldas, donde vivió hasta los 17 años con la familia; (iii) luego del accidente de la madre se habilitó el primer piso para su cuidado, tenía casi 100 kilos y debía ser atendida por varias personas; (iv) tiene conocimiento que la pareja sí hizo liquidación de la sociedad conyugal, en razón a los gastos que demandaba el cuidado y por si alguna situación económica que sucediera; (v) el señor padre siempre cuidó a la causante por sus condiciones de invalidez; (vi) la señora Pino Jiménez y el señor Arias eran pensionados de Telecom; (vii) en cuanto a que en el formulario de la pérdida de la capacidad laboral apareciera la señora Pino como soltera, se debía a su estado de salud mental negaba que tuviera familia; y, (viii) el señor Arias acompañó a la señora Pino en los momentos de la muerte.

§51. En cuanto a la tacha de las testigos, el artículo 211 del CGP expresa que *“El juez analizará el testimonio en el momento de fallar de acuerdo con las circunstancias de cada caso.”* Al respecto, el hecho que las declarantes sean hijas de la pareja, no conlleva por sí la desconfianza de sus manifestaciones, porque: *“(s)i bien dicho vínculo de parentesco es considerado como una de las razones para decretar la tacha de sospecha, estima la Sala que en el caso de la convivencia efectiva de parejas, son los mismos familiares quienes pueden dar cuenta de las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que sucedieron los hechos que rodearon la configuración de una relación, es decir, las fechas de inicio y terminación, si existió voluntad de permanencia, las relaciones de apoyo mutuo y de solidaridad, por lo que, a la luz del inciso final de la norma, que concede al Juez la posibilidad de analizar en su conjunto las pruebas...”*²⁹

§52. Al analizar las declaraciones, se constata que ambas son coincidentes y coherentes en cuanto a la convivencia matrimonial de la señora Pino con el señor Arias, desde sus nupcias hasta la muerte de la causante, además del afecto y ayuda mutuos.

§53. Se realizó el interrogatorio de parte del señor Merardo Arias Quiceno donde expuso: (i) conoció a la señora Pino en el trabajo en Telecom; (ii) vivieron en la urbanización de Pitalito de La Dorada; (iii) los gastos del hogar eran compartidos; (iv) no tiene otra relación con otra persona; (v) estuvieron conviviendo desde el matrimonio hasta la muerte; (vi) su esposa falleció por problemas de riñones y describió su estado; (vii) el señor sufragó los gastos fúnebres y asistió a sus honras; (viii) cuando al señor Arias le dieron la pensión ayudó a su cuidado porque requería también de una señora que la cuidara; (viii) que la señora Pino manifestaría en el formulario de pérdida

²⁹ CONSEJO DE ESTADO NR: 2178937 - 76001-23-33-000-2015-00094-01- 5474-19 – SENTENCIA- 22/04/2021- SECCIÓN SEGUNDA SUBSECCIÓN A- M.P. GABRIEL VALBUENA HERNÁNDEZ

de capacidad laboral que era soltera se debió a su estado de salud mental y ; (ix) que ellos hicieron la liquidación de la sociedad conyugal.

§54. Con relación a las manifestaciones de la parte demandada por las cuales se negó la pensión de sobrevivientes en los actos administrativos demandados, al proceso no se allegaron como pruebas: (i) el dictamen de la pérdida de la capacidad laboral de la señora Pino donde ella habría indicado que era soltera; ni, (ii) la escritura pública 2010 del 11 de noviembre de 1997, otorgada en la Notaria única del Circulo de la Dorada – Caldas, de la liquidación conyugal, donde supuestamente se habría dejado la constancia de la separación de cuerpos.

§55. En conclusión, la entidad demandada no demostró las bases por las cuales negó la pensión de sobrevivientes, y la parte demandante acreditó probatoriamente la convivencia matrimonial del señor Arias con la señora Pino, por un lapso superior al los cinco años. De esta manera, se colman los requisitos del artículo 47 de la ley 100, modificado por el artículo 13 de la ley 797, para que el actor adquiriera la prestación social: “... *el cónyuge o la compañera o compañero permanente supérstite, deberá acreditar que estuvo haciendo vida marital con el causante hasta su muerte y haya convivido con el fallecido no menos de cinco (5) años continuos con anterioridad a su muerte...*”

§56. Por lo anterior, se declararán no probadas las excepciones de proceder legal de la entidad demandada y buena fe. Y se ordenará la nulidad de los actos demandados.

2.4. Prescripción

§57. La prescripción respecto de derechos laborales está regulada concretamente por los artículos 41 del Decreto 3135 de 1968 y 102 del Decreto 1848 de 1969, que en su tenor literal prevén:

«Artículo 41.- Las acciones que emanen de los derechos consagrados en este Decreto prescribirán en tres años, contados desde que la respectiva obligación se haya hecho exigible. El simple reclamo escrito del empleado o trabajador ante la autoridad competente, sobre un derecho o prestación debidamente determinado, interrumpe la prescripción, pero sólo por un lapso igual.»

«Artículo 102.- Prescripción de acciones.

- 1. Las acciones que emanen de los derechos consagrados en el Decreto 3135 de 1968 y en este Decreto, prescriben en tres (3) años, contados a partir de la fecha en que la respectiva obligación se haya hecho exigible.*
- 2. El simple reclamo escrito del empleado oficial formulado ante la entidad o empresa obligada, sobre un derecho o prestación debidamente determinado, interrumpe la prescripción, pero solo por un lapso igual.»*

§58. De los artículos citados se colige que, una vez el derecho se hace exigible el interesado cuenta con un término de 3 años para reclamarlo, el cual se interrumpe por una sola vez y por un lapso igual.

§59. Igualmente, que presentada la petición ante la administración esta interrumpe la prescripción y a partir de ese momento, el interesado cuenta con 3 años para su reclamación en sede judicial, al cabo de los cuales su inactividad implicará la extinción de su derecho, y por ende, no será posible acceder al restablecimiento del derecho.

§60. Por su parte, el artículo 151 del Código de Procedimiento Laboral, también regula el término de la prescripción, así:

«Artículo 151. Las acciones que emanen de las leyes sociales prescribirán en tres años, que se contarán desde que la respectiva obligación se haya hecho exigible, el simple reclamo escrito del trabajador recibido por el [empleador] sobre un derecho o prestación debidamente determinado, interrumpirá la prescripción pero solo por un lapso igual».

§61. Como se puede observar, el artículo anterior es concordante con los artículos 41 del Decreto 3135 de 1968 y 102 del Decreto 1848 de 1969, en cuanto al término que tiene el empleado o trabajador para acudir a la autoridad competente para reclamar un derecho, lo cual se hace a través de las respectivas acciones contempladas en el ordenamiento legal correspondiente.

§62. La señora Marleny del Carmen Pino Jiménez falleció el 27 de julio de 2012³⁰.

§63. La parte demandante solicitó la pensión de sobrevivientes el 03/06/2016.³¹

§64. La demanda fue presentada el 4 de agosto de 2017.³²

§65. Por lo anterior se encuentran prescritas las mesadas causadas antes del 03/06/2013.

§66. Las sumas para reconocerse a partir del 03/06/2013, serán ajustadas, mes por mes, en los términos del artículo 187 del CPACA, acudiendo para ello a la siguiente fórmula:

$$R = Rh \frac{\text{índice final}}{\text{índice inicial}}$$

§67. En donde el valor presente (R) se determina multiplicando el valor histórico (Rh), que es lo dejado de percibir por el actor por concepto de mesada pensional con inclusión de los reajustes de ley, por el guarismo que resulte de dividir el índice final de precios al consumidor certificado por el DANE vigente a la fecha de ejecutoria de esta sentencia, por el índice inicial vigente para la fecha en que debieron efectuarse cada uno de los pagos.

§68. Por tratarse de pagos de tracto sucesivo la fórmula se aplicará separadamente, mes por mes, empezando por la primera mesada pensional que se dejó de devengar, teniendo en cuenta que el índice inicial es el vigente al momento de la causación de cada una de ellas. Los intereses se reconocerán en los términos previstos en el artículo 192 del CPACA y el trámite del pago de la condena conforme al artículo 195 ibidem.

2.4. Costas

³⁰ FI 19 C1

³¹ F. 28. C.1

³² F. 1 C.1.

§69. Con base en el artículo 365 del CGP, aplicable por virtud del precepto 188 de la Ley 1437 de 2011 y 47 de la Ley 2080 de 2021, dado las actuaciones de la parte actora se condenará en costas en esta instancia a cargo de la parte accionada y a favor de la parte demandante. Se fijarán las agencias en derecho en el 1% del valor de las pretensiones, en UN MILLÓN DOSCIENTOS CUARENTA Y DOS MIL PESOS (\$1.242.000), a cargo de la parte demandada y a favor de la parte demandante, con fundamento en el artículo 5º numeral 1 del PSAA16-10554 expedido por el Consejo Superior de la Judicatura.

§70. En mérito de lo expuesto, la sala sexta de decisión del Tribunal Administrativo de Caldas, administrando justicia, en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

Sentencia

Primero: Declarar no probadas las excepciones de proceder legal de la entidad demandada y buena fe propuestas por la entidad demandada.

Segundo: Declarar la nulidad de las las **Resoluciones RDP 029131 del 09 de agosto de 2016** y **RDP 002123 del 24 de enero de 2017** expedidas por la UGPP.

Tercero: En restablecimiento, ordenar a la **Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social – UGPP** que reconozca la pensión de sobrevivientes de la pensión de la señora Marleny de Carmen Pino Jiménez, a favor del señor **Merardo Arias Quiceno**, identificado con cédula de ciudadanía 10.162.551, a partir del 03/06/2013 por efectos de la prescripción, y las sumas serán indexadas, conforme lo señalado en la parte motiva de este acto judicial.

Cuarto: Condenar en costas a la parte demandada a favor de la parte demandante. Se fijan las agencias en derecho en UN MILLÓN DOSCIENTOS CUARENTA Y DOS MIL PESOS (\$1.242.000), a cargo de la parte demandada y a favor de la parte demandante.

Quinto: La entidad demandada dará cumplimiento a la sentencia, según las directrices de los artículos 192 a 195 del CPACA.

Sexto: Ejecutoriada esta providencia, archívense las diligencias previas las anotaciones del caso en el Sistema Justicia Siglo XXI. Remítase copia de la sentencia a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado.

Notifíquese y Cúmplase

Los Magistrados



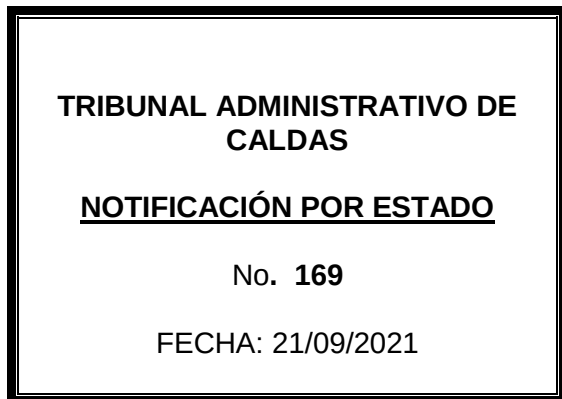
PUBLIO MARTÍN ANDRÉS PATIÑO MEJÍA



CARLOS MANUEL ZAPATA JAIMES
Magistrado



PATRICIA VARELA CIFUENTES
Magistrada



Firmado Por:

Publio Martin Andres Patiño Mejia

Magistrado

Mixto 006

Tribunal Administrativo De Manizales - Caldas

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica, conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

Código de verificación:

65c035b1ba0e32553df798fcb43e98dd9b5cd82b5781cc9cb6bf48757e8d5d46

Documento generado en 20/09/2021 11:01:29 AM

Valide este documento electrónico en la siguiente URL:
<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>

**REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL**



**HONORABLE TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS
Sala sexta de Decisión
Magistrado Ponente: Publio Martín Andrés Patiño Mejía**

Sentencia de segunda Instancia

Acción:	Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Demandante:	Teresa de Jesús Sánchez Hernández
Demandado:	Nación – Ministerio de Educación- Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio
Radicación:	17-001-33-33-004-2018-00360-02
Acto judicial	Sentencia 090

Manizales, veinte (20) de septiembre de dos mil veintiuno (2021).

Proyecto discutido y aprobado en Sala de la presente fecha.

Asunto

Síntesis: La parte demandante solicita que se condene a las demandadas a: (i) el reajuste anual de la mesada pensional conforme lo establece el artículo 1° de la ley 71 de 1998; y, (ii) el pago de las sumas de dinero superiores al 5% de los aportes al sistema de salud que le han descontado de las mesadas pensionales y adicionales de junio y diciembre. El juzgado de primera instancia negó las pretensiones. La sala confirma la decisión de primera instancia.

§01. La sala de decisión del Tribunal Administrativo de Caldas dicta sentencia de segunda instancia en la acción de nulidad y restablecimiento del derecho promovido por **TERESA DE JESÚS SÁNCHEZ HERNÁNDEZ**, parte demandante en contra de la **NACIÓN- MINISTERIO DE EDUCACIÓN- FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO**, parte demandada. El objeto es decidir la apelación interpuesta por la parte demandante contra la sentencia proferida el **11 de marzo de 2021** por la Señoría del Juzgado Cuarto Administrativo del Circuito de Manizales, en el proceso de nulidad y restablecimiento del derecho interpuesto.

1. Antecedentes

1.1. La demanda¹

§02. Se pretende la nulidad de la **Resolución 7858-6 del 13 de octubre de 2017**, expedida por la Secretaría de Educación del Departamento de Caldas.

§03. En restablecimiento del derecho, solicitó lo siguiente:

¹ (ExpJ6 002)

§03.1. **De acuerdo a la Ley 91 de 1989:** la aplicación y devolución de los **descuentos de aportes al sistema de salud**, a la mesada pensional en el porcentaje del 5%, incluyendo las mesadas adicionales, ordenando cesar el descuento del 12% como actualmente se realiza; y se reintegre las sumas de dinero superiores al 5% de dichas mesadas pensionales, sin que se continúe efectuando dicho descuento a futuro.

§03.2. **Conforme a la Ley 71 de 1988:** Al reajuste anual de las mesadas pensional en el porcentaje que cada año se incrementa para el salario mínimo legal mensual, de forma retroactiva al año en que consolidó su derecho pensional y de manera constante para las mesadas subsiguientes y futuras.

§03.3. Al pago de las diferencias resultantes entre las mesadas pensionales y los reajustes solicitados, cancelados de manera indexada, con los ajustes de valor y los intereses corrientes y moratorios a que haya lugar, y conforme al artículo 192 del CPACA, y al pago de condena en costas.

§04. Como pretensión subsidiaria, solicitó el reintegro de los dineros de las mesadas **adicionales de junio y diciembre, equivalente al aporte en salud del 12%,** de forma indexada y con la inclusión de los ajustes de valor, intereses moratorios; y ordenar a la Fiduciaria la Previsora no continuar el descuento de las mesadas adicionales con destino al sistema de salud.

§05. En los hechos describió que la parte demandante es docente pensionada, por parte del Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio y se **vinculó con anterioridad al 27 de junio de 2003,** por lo que fue reconocido su derecho pensional.

§06. Afirmó que el Fondo Nacional de Prestaciones del Magisterio por intermedio de la entidad fiduciaria, ha venido descontando **para cotizaciones al sistema de salud,** el 12% de cada mesada pensional, incluyendo las mesadas adicionales de junio y diciembre.

§07. Que en el acto de reconocimiento pensional se consagró **que la mesada sería reajustada anualmente conforme al artículo 1 de la Ley 71 de 1988, o sea con el salario mínimo legal mensual vigente;** sin embargo, la mesada ha venido siendo incrementada con base a lo dispuesto en el artículo 14 de la Ley 100 de 1993, **con el índice de precios al consumidor- IPC del año inmediatamente anterior;** esto es, en el porcentaje certificado por el DANE.

§08. Esbozó que elevó solicitud bajo el radicado **SAC 2017PQR14909 del 28 de septiembre de 2017,** ante el Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, a través de la Secretaría de Educación de la gobernación de Caldas, con la finalidad de obtener la devolución de los valores descontados, **en exceso por concepto de descuento de salud de la mesada pensional; y el ajuste anual de la mesada conforme al artículo 1 de la Ley 71 de 1988.**

§09. Expuso que a través de la **Resolución 7858-6 del 13 de octubre de 2017** la Secretaría de Educación de la gobernación de Caldas, denegó los reajustes pensionales.

§10. Consideró como violados, el preámbulo, los artículos 1, 2, 4, 6, 13, 25, 29, 48, 53, 90, 121, 125 y 209 de la Constitución Política; 137 de la Ley 1437; 1º de la Ley 71 de 1978; 15.2.a de la Ley 91 de 1989; 115 de Ley 115 de 1994; 279 de la Ley 100

de 1993; 1º de la Ley 238 de 1995; 4 de la Ley 700 de 2001; 9º de la Ley 797 de 2003; 81 de la Ley 812 de 2003; 160 de la Ley 1151 del 2007; Ley 33 de 1985; y parágrafos transitorios 1 y 2 del Acto Legislativo 01 de 2005.

§11. Analizó que, en el régimen jurídico del personal docente, los profesores vinculados antes de la expedición de la Ley 812 de 2003 se encuentran exceptuados de la Ley 100 de 1993, y los principios de favorabilidad e irrenunciabilidad.

§12. **Respecto a los aportes en salud** cuestiona que se le han descontado a la parte demandante en exceso, al haberse vinculado con anterioridad a la referida ley 812 de 2013, y reconocer la pensión de jubilación conforme a la Ley 33 de 1985, por lo que el monto de descuento debe ser del 5% según la Ley 91 de 1989, misma que es aplicable a las mesadas adicionales, y no el 12% para los que se rigen por la Ley 100 de 1993.

§13. **Sobre el incremento anual de la pensión**, no le es aplicable el incremento estipulado en su artículo 14, esto es, con base en el IPC, sino el incremento indicado en la norma anterior, la Ley 71 de 1988, o sea, con el salario mínimo legal mensual vigente, toda vez que obtuvo dicha prestación antes de la vigencia de la Ley 100 de 1993.

1.2. Contestación de la demanda del Ministerio de Educación

§14. Se opuso a la totalidad de las pretensiones, y no le constan los hechos

§15. **Propuso los siguientes medios exceptivos:**

§15.1. **Ineptitud Sustancial de la Demanda por falta de Legitimación en la causa por pasiva de la Nación – Ministerio de Educación Nacional- Integración y vinculación del litisconsorcio:** En razón a que la entidad territorial fue quien expidió el acto demandado y la FIDUPREVISORA es la encargada de autorizar los actos administrativos respecto a las prestaciones sociales de los docentes pensionados.

§15.2. **Inexistencia del demandado- Falta de relación con el reconocimiento del derecho, conexo o derivado del acto administrativo expedido por la entidad territorial certificada, falta de competencia del Ministerio de Educación para expedir el acto administrativo y reconocer el derecho reclamado.** No existe relación, de causalidad o vínculo entre la Nación- Ministerio de Educación Nacional, y el derecho solicitado por el docente.

§15.3. **Inexistencia de la obligación por inexistencia de Causa jurídica:** El artículo 81 de la ley 812 de 2003 integro a los docentes oficiales al régimen pensional de prima media, de lo cual se deriva una derogación tácita de la normatividad anterior, siendo correctamente aplicable el reajuste en función del IPC. En cuanto a los descuentos en salud, deben aplicarse las normas del artículo 143 de la Ley 100 de 1993.

§15.4. **Caducidad de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho:** La acción de Nulidad y Restablecimiento del Derecho caduca al cabo de los cuatro

meses, siguientes al día en que publique, notifique, comuniqué o ejecute el acto administrativo definitivo, según sea el caso.

§15.5. **Prescripción:** Solicita declarar la prescripción de aquellos derechos económicos reclamados, que superen el lapso de los 3 años desde que se hizo exigible la obligación, hasta que se radicó la demanda.

§15.6. **Buena Fe:** Los pagos de prestaciones sociales en el régimen excepcional de docentes dependen no solo del correcto diligenciamiento de los respectivos actos administrativos por parte de la entidad territorial a la que pertenece el docente y del visto bueno de la entidad fiduciaria, sino de la disponibilidad presupuestal.

§15.7. **Genérica**

1.3. Contestación de la demanda de la gobernación de Caldas²

§16. Se opuso a la totalidad de las pretensiones. En cuanto a los hechos admitió la vinculación de la parte demandante al servicio educativo con anterioridad al 27 de junio de 2003, así mismo que mediante resolución 1007 del 22 de noviembre de 2004, le fue reconocida pensión de jubilación.

§17. **Propuso los siguientes medios exceptivos:**

§17.1. **Falta de legitimación en la causa por pasiva:** Al Departamento no le asiste ningún tipo de responsabilidad en cuanto a los hechos y pretensiones de la demanda, toda vez que la secretaria de Educación se encarga únicamente de recibir y radicar en orden cronológico las solicitudes relacionadas con el reconocimiento de prestaciones sociales a cargo del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

§17.2. **Buena fe:** La entidad ha realizado los actos con el debido diligenciamiento.

§17.3. **Prescripción:** Que se declare la prescripción de aquellas reclamaciones económicas que superen el lapso de los 3 años desde que se hizo exigible la obligación, hasta que se radicó la demanda.

1.3. La Sentencia Apelada

§18. El Juzgado Cuarto Administrativo del Circuito de Manizales, dictó sentencia, negando a las pretensiones de la parte actora, las que pasan a relacionarse:

“(…) PRIMERO: DECLARAR probada la excepción de FALTA DE LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA POR PASIVA propuesta por el DEPARTAMENTO DE CALDAS. Igualmente declarar probadas las excepciones propuestas por el MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL referidas a la FALTA DE RELACIÓN CON EL RECONOCIMIENTO DEL DERECHO, CONEXO O DERIVADO DEL ACTO ADMINISTRATIVO EXPEDIDO POR LA ENTIDAD

² (Exp J6-013)

TERRITORIAL CERTIFICADA e INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN DEMANDADA POR INEXISTENCIA DE CAUSA JURÍDICA.

SEGUNDO: NEGAR, las pretensiones de la demanda que en ejercicio del medio de control de Nulidad y Restablecimiento del Derecho instauró la señora TERESA DE JESÚS SÁNCHEZ HERNANDEZ en contra de la NACION – MINISTERIO DE EDUCACION NACIONAL – FONDO DE PRESTACIONES(sic) SOCIALES DEL MAGISTERIO.

TERCERO: CONDENAR EN COSTAS, a la parte demandante y a favor de la entidad demandada su liquidación y ejecución se hará de conformidad con lo dispuesto en la parte motiva...”

§19. Una vez expuestos los fundamentos fácticos y jurídicos de la demanda y la contestación, determinó como problemas jurídicos, los siguientes:

- *¿Tiene derecho la parte demandante que se le reconozca y aplique, el incremento del salario mínimo legal mensual vigente como fórmula de reajuste anual de su mesada pensional, conforme con lo dispuesto en el artículo 1º de la ley 71 de 1989, quedando exceptuado del incremento previsto en el artículo 14 de la ley 100 de 1993, en virtud de lo preceptuado en el artículo 279 de la mencionada ley?*
- *¿Tiene derecho la parte demandante que se le aplique la cuantía de los aportes en salud establecida en el numeral 5 del artículo 8 de la ley 91 de 1989; es decir que solo se aplique el 5% de cada mesada incluyendo las adicionales y se reintegre las sumas de dinero superiores que hayan sido descontadas para el sistema de salud?*

Asociados:

¿El Porcentaje de reajuste de la mesada pensional es un derecho adquirido?

¿La norma contenida en el art 1 de la ley 71 de 1988 se encuentra vigente?

§20. Determinó que la **ley 91 de 1989** creó el FNPSM, y en el numeral 2 del artículo 5 dispuso que uno de sus objetivos era garantizar la prestación de los servicios médico – asistenciales.

§21. Manifiestó que son claros los pronunciamientos jurisprudenciales de Altas Cortes para entender que el derecho al reajuste pensional es un derecho adquirido, el porcentaje que ha de aplicarse al mismo no lo es; por lo tanto , no se comparte el argumento esgrimido en la demanda de estarse en presencia de un derecho adquirido frente al docente demandante por desconocimiento del mandato contenido en la ley 71 de 1988, que dispone una fórmula de reajuste diferente a la del artículo 14 de la ley 100 de 1993.

§22. Negó las pretensiones de la demanda, porque no se puede ordenar el reajuste a favor de un docente pensionado con base en el mecanismo que fue establecido en la ley 71 de 1988, obviando la modificación que al respecto dispuso la ley 100 de 1993. Debido a que la fórmula que el Legislador instituya para reajusta las pensiones no constituye un derecho adquirido a favor de los pensionados, sino tan solo una mera

expectativa, que está sujeta a las modificaciones que aquel órgano considere pertinente para garantizar el poder adquisitivo de las pensiones.

§23. De igual manera consideró que con la expedición de la ley 100 de 1993, quedó sin efectos las disposiciones contrarias, esto es el artículo 1 de la ley 71 de 1988, tal como ha sido de manera uniforme por las altas Cortes. Por tal razón no le asiste razón a la parte demandante al pretender que la pensión de la cual es beneficiaria en la forma pedida y sea aplicado el descuento en un 5%; y tampoco es susceptible aplicar la ley 100 en su integridad para que cesen los descuentos en las mesadas adicionales del 12% que le viene realizando la entidad demandada en las mesadas adicionales de junio y diciembre.

1.4. La apelación de la parte demandante

§24. Inconforme con la decisión de primera instancia, la parte actora apeló con los siguientes fundamentos:

§25. En cuanto al incremento anual de la mesada pensional conforme al salario mínimo, expuso tres razonamientos: **INDEBIDA APLICACIÓN DEL PRECEDENTE JURISPRUDENCIAL, EL DESCONOCIMIENTO DE LOS RÉGIMENES EXCEPTUADOS DE LA LEY 100 DE 1993 y RÉGIMENES EXCEPTUADOS EN EL ACTO LEGISLATIVO 01 DE 2005.**

§26. Recalcó que el juzgado incurrió en una grave violación del debido proceso materializando los principios de congruencia, contradicción e igualdad al traer como referente jurisprudencial aplicables sentencias que no corresponde a idénticos hechos, fundamentos de derecho y pretensiones.

§27. Así, el artículo 14 de la Ley 100 de 1993, que hace referencia al incremento de la pensión con base en el IPC, se tuvo apoyo en la sentencia C-387 de 1994, la cual no hace referencia al régimen exceptuado de los docentes ni se pronunció sobre la Ley 71 de 1988 que señala el aumento con base en el salario mínimo. Además, el Consejo de Estado en sentencia del 17 de agosto de 2017 señaló que la Ley 71 de 1988 no era aplicable a los pensionados antes de la Ley 100 de 1993.

§28. Aclaró que la Ley 238 de 1995 adicionó un párrafo al artículo 279 de la Ley 100 de 1993, de los regímenes exceptuados, donde previó que sí se aplicaría el artículo 14 de la Ley 100 de 1993, pero en lo que les fuera beneficioso.

§29. Hizo hincapié en que el Acto Legislativo 01 de 2005 mantuvo el régimen del magisterio como exceptuado para los docentes vinculados antes del 26 de junio de 2003, por lo que se les aplica las leyes 33 de 1985 y 91 de 1989, por lo que no puede aplicarse el incremento anual de la pensión establecido en la Ley 100 de 1993, sino el dispuesto por el artículo 1º de la Ley 71 de 1988, o sea, según el salario mínimo.

§30. Insistió que el objeto real del proceso era determinar la fórmula más equitativa de incremento pensional para el régimen exceptuado del magisterio.

§31. Con relación a los descuentos para salud de las mesadas pensionales, incluidas las adicionales de junio y diciembre, puso de presente que la Corte

Constitucional, en sentencias T-348 de 1997, C-956 de 2001 y C-980 de 2002 precisó que el descuento para aportes de salud de los docentes es del 5%.

1.5 Actuación segunda instancia y alegatos

§32. Mediante auto del 16 de febrero de 2021, se admitió el recurso de apelación interpuesto y se ordenó correr traslado de alegatos a las partes y al ministerio público, ninguno de los cuales se pronunció.

2. Consideraciones

2.1. Competencia

§33. Corresponde a la Sala decidir el recurso de apelación, conforma al artículo 153 del CPACA³.

2.2. Problemas Jurídicos

§34. ¿Tiene derecho la parte demandante al reconocimiento y pago del reajuste periódico de las mesadas pensionales conforme lo establece la Ley 71 de 1988, teniendo en cuenta la variación del salario mínimo legal mensual vigente?

§35. ¿Se debe reembolsar a la parte actora algún porcentaje, por concepto de descuentos por los aportes de salud, descontados de la pensión de jubilación de manera mensual y de las mesadas adicionales de junio y diciembre?

2.3. Lo demostrado en el Proceso

§36. Del material probatorio que reposa en el expediente, se destaca lo siguiente:

§37. Mediante la **Resolución 00838 del 26 de octubre de 2005**, se reconoció la pensión de jubilación por el Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio a favor de **Teresa de Jesús Sánchez Hernández**, en cuantía de \$901.955, a partir del **22 de julio de 2005**,⁴ **el FNPSM descontará de cada mesada pensional en concordancia con las leyes 91 de 1989 el 5% y 812 de 2003 el 12%.**

§38. Solicitud **con radicación SAC 2017PQR14909 del 28 de septiembre de 2017**, elevada ante la Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, donde la demandante solicitó se reajuste la pensión de jubilación, tomando como base el porcentaje del incremento del salario mínimo legal mensual vigente del año inmediatamente anterior, cuando sea superior al IPC y se reintegre los valores concernientes a los descuentos de salud de las mesadas ordinarias y adicionales, por el valor superior al 5%⁵.

§39. **Resolución 7858-6 del 13 de octubre de 2017**, expedida por la Secretaría de Educación del Departamento de Caldas, por la cual se niega el reajuste de la pensión

³ http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/ley_1437_2011_pr003.html#153

⁴ Exp J6- 006

⁵ Exp J6- 002

con base en el incremento de la mesada del salario mínimo y el reintegro de dinero por concepto de cotizaciones al servicio de salud⁶.

2.4. Fundamentos Jurídicos

2.4.1. Primer problema jurídico: el reajuste periódico de las mesadas pensionales conforme al incremento del salario mínimo como lo establece la ley 71 de 1988

2.4.1.1. Régimen general de la seguridad social

§40. La seguridad social como un servicio público obligatorio que debe prestarse bajo la dirección coordinación y control del Estado, con sujeción a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad. (art. 48 CP)

§41. El artículo 53 ídem garantiza el derecho al reajuste periódico de las pensiones legales.

§42. Los anteriores son los mandatos del Sistema de Seguridad Social Integral, previsto en la Ley 100 de 1993⁷.

§43. Por su parte, el artículo 11 ibídem, modificado por el artículo 1 de la Ley 797 de 2003; prevé su campo de aplicación, así:

*“El Sistema General de Pensiones consagrado en la presente ley, **se aplicará a todos los habitantes del territorio nacional**, conservando y respetando, adicionalmente todos los derechos, garantías, prerrogativas, servicios y beneficios adquiridos y establecidos conforme a disposiciones normativas anteriores, pactos, acuerdos o convenciones colectivas de trabajo para quienes a la fecha de vigencia de esta ley hayan cumplido los requisitos para acceder a una Pensión o se encuentren pensionados por jubilación, vejez, invalidez, sustitución o sobrevivientes de los sectores público, oficial, semioficial en todos los órdenes del régimen de Prima Media y del sector privado en general.”*

2.4.2.1. Ajuste de pensiones en el régimen de seguridad social para los afiliados al sector público y régimen general de pensiones

§44. El artículo 1 de la Ley 4 de 1976⁸, determinó que todas las pensiones, a excepción de las originadas por incapacidad permanente parcial, **se reajustarían de oficio**, cada año, teniendo en cuenta la elevación del **salario mínimo mensual legal más alto**, según los parámetros que fijó.

⁶ Exp J6- 005

⁷ http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/ley_0100_1993.html#1

⁸ Ley 4 de 1989, *“Por la cual se dictan normas sobre materia pensional de los sectores público, oficial, semioficial y privado y se dictan otras disposiciones.”*
<https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=1165>

§45. Luego, el artículo 1 de la Ley 71 de 1988⁹ y el Decreto 1160 de 1989 precisaron que las pensiones antes mencionadas, como la de incapacidad permanente parcial y las compartidas, serían reajustadas de oficio cada vez y con el mismo porcentaje en que sea incrementado por el Gobierno el salario mínimo legal mensual.

§46. Posteriormente, el artículo 14 de la Ley 100 de 1993 dispuso un ajuste de las pensiones con base en la variación del Índice de Precios al Consumidor –IPC-, excepto aquellas pensiones iguales al salario mínimo que se incrementaban conforme al mismo:

*“ARTÍCULO 14. REAJUSTE DE PENSIONES. Con el objeto de que las pensiones de vejez o de jubilación, de invalidez y de sustitución o sobreviviente, en cualquiera de los dos regímenes del sistema general de pensiones, mantengan su poder adquisitivo constante, se reajustarán anualmente de oficio, el primero de enero de cada año, según la variación porcentual del Índice de Precios al Consumidor, certificado por el DANE para el año inmediatamente anterior. No obstante, las pensiones cuyo monto mensual sea igual al salario mínimo legal mensual vigente, serán reajustadas de oficio cada vez y con el mismo porcentaje en que se incremente dicho salario por el Gobierno.”-
sft-*

§47. Dicha normativa fue declarada exequible por la Corte Constitucional en sentencia C-387 de 1994¹⁰, donde señaló que el incremento por el IPC o por el salario mínimo cumplen el objetivo del reajuste periódico de las pensiones, y es facultad del legislador determinar el incremento:

“Las instituciones del salario mínimo y de la pensión mínima, se enmarcan dentro de aquellas políticas destinadas a lograr una justicia social, pues son medidas especiales de protección a quienes por su condición económica se encuentran en situación de debilidad manifiesta. Busca así el legislador menguar la desigualdad y de esta manera cumplir con el propósito señalado por el constituyente en el artículo 13 de la Carta, que ordena al Estado promover las condiciones requeridas para que la igualdad sea real y efectiva, mediante la adopción de medidas en favor de grupos discriminados o marginados, como también proteger especialmente a aquellas personas que por su condición económica o física se encuentran en situación de debilidad manifiesta.

*“...
Ahora bien: que el índice de precios al consumidor aumenta en proporción superior al porcentaje en que se incrementa el salario mínimo, es un argumento que esgrime el demandante, pero que no se ajusta a la realidad, pues como se demostrará en seguida, estos valores no han sido constantes, y no podían serlo, porque su comportamiento depende de una serie de circunstancias económicas y políticas que resultan variables, y en consecuencia, no es posible determinar con certeza el porcentaje en que cada uno de esos dos factores aumentará.*

*(...)
“Obsérvese que en los años 1983, 1984, 1986, 1989 y 1992 el salario mínimo se incrementó en cuantía superior al índice de inflación, y en los demás años, sucedió lo contrario, esto es, que la inflación fue mayor que el porcentaje en que subió el salario mínimo.*

⁹ Ley 71 de 1988 **por la cual se expiden normas sobre pensiones y se dictan otras disposiciones**, <https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=307>

¹⁰ Corte Constitucional sentencia C- 387 de 1994; MP. Dr. Carlos Gaviria Díaz, 1 de septiembre de 1994; REF.: expediente No. D-529. <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1994/c-387-94.htm>

Así las cosas, no le asiste razón al demandante, pues no es posible afirmar con certeza cuál de los dos sistemas podría resultar más benéfico para el pensionado, ya que ello dependerá del comportamiento que presente cada uno de esos factores a través del tiempo, de manera que habrá ocasiones en que el índice de precios al consumidor sea superior al porcentaje en que se incremente el salario mínimo, y en otras, éste sea inferior a aquél, o pueden existir casos en que los dos sean iguales.”

§48. En este sentido, el Máximo Tribunal Constitucional, alude a la determinación de incrementar las pensiones en el salario mínimo solo para los pensionados que devengan la pensión mínima, en aras de salvaguardar los derechos constitucionales de las pensiones que se encuentran en debilidad manifiesta frente a los demás ciudadanos; y que el aumento en el índice de precios al consumidor para los demás pensionados se ajusta a factores circunstancias económicas y políticas.

§49. El 17 de agosto del 2017 la Sección Segunda el Honorable Consejo de Estado¹¹, dentro de la acción pública de nulidad en contra del artículo 40 del Decreto 692 de 1994, expuso que el reajuste previsto por el artículo 14 de la Ley 100 de 1993 derogó el dispuesto por la Ley 71 del 19 de diciembre de 1988. Además, es aplicable a las pensiones causadas con anterioridad a la vigencia de la Ley 100 de 1993:

“Conforme a las consideraciones expuestas, el porcentaje de reajuste de la mesada pensional no es un derecho adquirido, por lo tanto la jurisprudencia de la Corte Constitucional ha considerado que el legislador está habilitado para modificar las normas que consagran la proporción en que se realizarán los aumentos de las mesadas pensionales.

De acuerdo con lo anterior, el reajuste previsto por el artículo 14 de la Ley 100 de 1993 sí es aplicable a quienes les fue reconocida la pensión antes del 1.º de abril de 1994 y no el definido por la Ley 71 del 19 de diciembre de 1988, toda vez que esta última quedó derogada por aquella”

§50. Así, si bien quienes se pensionaron con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley 100 de 1993, cuentan con un régimen anterior al del Sistema de Seguridad Social Integral, esto no quiere decir que el incremento de la mesada pensional deba realizarse conforme lo contempla la Ley 71 de 1988.

§51. La Corte Constitucional en la sentencia C-435 de 2017 señaló que no se aplica el principio de favorabilidad en la forma del reajuste de las pensiones dispuesto por el Legislador:

“Por lo tanto, se concluye que además de que la propia Constitución faculta al legislador a decidir, con autonomía política, de qué manera reajustar periódicamente el valor pensiones, de tal forma que no hay lugar aquí para la aplicación del principio de favorabilidad en materia laboral del que trata el artículo 53 superior, en todo caso los índices o referencias de actualización a los que acudió el legislador para actualizar las pensiones de forma diferenciada según su valor (IPC y SMLMV) tienen un origen, una explicación y unos propósitos diferentes, al mismo tiempo que se relacionan entre ellos de una forma particular.”

¹¹ CONSEJO DE ESTADO- SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO- SECCION SEGUNDA - SUBSECCIÓN A- Consejero ponente: WILLIAM HERNANDEZ GOMEZ - Bogotá, D.C., diecisiete (17) de agosto de dos mil diecisiete (2017) -Radicación número: 11001-03-24-000-2010-00007-00(3294-14). <http://190.217.24.55:8080/WebRelatoria/FileReferenceServlet?corp=ce&ext=doc&file=2102915>

(...)

Al mismo tiempo que, se reitera, el constituyente impuso al legislador el deber general de actualizar el monto de las pensiones para que fuesen consistentes con el fenómeno de la pérdida del poder adquisitivo de la moneda, pero no impuso un modelo específico de actualización, motivo por el cual el Congreso cuenta con un amplio margen de configuración para fijar las fórmulas específicas a través de las cuales se materializa este deber genérico, sin que se encuentre obligado a acoger un esquema económico que, a juicio del accionante, resulte más favorable a los intereses de los pensionados entre todos los posibles.” -sft-

§52. De otra parte, la Ley 100 de 1993 en su artículo 279¹² contempló los regímenes exceptuados, entre otros el personal docente vinculado al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio.

§53. Este artículo fue adicionado por la Ley 238 de 1995¹³, que dispuso la aplicación del artículo 14 de la Ley 100 de 1993 a los regímenes exceptuados previstos en dicha disposición; o sea, el incremento de las pensiones conforme al IPC:

“ARTÍCULO 1o. Adiciónese al artículo [279](#) de la Ley 100 de 1993, con el siguiente párrafo:

"Párrafo 4. Las excepciones consagradas en el presente artículo no implican negación de los beneficios y derechos determinados en los artículos 14 y 142 de esta ley para los pensionados de los sectores aquí contemplados".

§54. De esta manera, el incremento de las pensiones de los docentes pensionados antes de la vigencia de la Ley 812 de 2003 no se rige por el artículo 1º de la Ley 71 de 1988.

§55. En efecto, el incremento anual de las pensiones no forma parte del Régimen Pensional por el cual se rigen los docentes, como son la edad, el monto, el ingreso base de liquidación y la tasa¹⁴.

§56. El reajuste de la mesada pensional no es un derecho adquirido, por lo que el legislador está habilitado para modificar las normas que consagran la proporción del aumento anual.

§57. Y el artículo 1º de la Ley 71 de 1988, fue derogado por la Ley 100 de 1993.

¹² ARTÍCULO 279. Excepciones. El Sistema Integral de Seguridad Social contenido en la presente Ley no se aplica a los miembros de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional, ni al personal regido por el Decreto-Ley 1214 de 1990, con excepción de aquel que se vincule a partir de la vigencia de la presente Ley, ni a los miembros no remunerados de las Corporaciones Públicas.

Así mismo, se exceptúa a los afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, creado por la Ley 91 de 1989, cuyas prestaciones a cargo serán compatibles con pensiones o cualquier clase de remuneración. Este Fondo será responsable de la expedición y pago de bonos pensionales en favor de educadores que se retiren del servicio, de conformidad con la reglamentación que para el efecto se expida.(...)"

¹³ Ley 238 de 1995; http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_0238_1995.html

¹⁴ CONSEJO DE ESTADO- SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO- SECCION SEGUNDA - SUBSECCIÓN A- Consejero ponente: WILLIAM HERNANDEZ GOMEZ - Bogotá, D.C., diecisiete (17) de agosto de dos mil diecisiete (2017) -Radicación número: 11001-03-24-000-2010-00007-00(3294-14). <http://190.217.24.55:8080/WebRelatoria/FileReferenceServlet?corp=ce&ext=doc&file=2102915>

§58. En ese orden de ideas, considera la Sala que no se encuentra demostrada la vulneración de los derechos invocados en la parte actora, pues **no** le asiste razón al accionante al indicar que el reajuste de las mesadas pensionales se debe realizar conforme al artículo 1 de la Ley 71 de 1989, el salario mínimo.

§59. Por lo anterior, no se accederá al incremento anual de la mesada pensional conforme al artículo 1º de la Ley 71 de 1988, o sea, conforme al aumento del salario mínimo legal mensual vigente para el año anterior.

2.1. Segundo problema jurídico: Reembolso de los descuentos de salud

§60. Se tendrá en cuenta la unificación jurisprudencial hecha por el Consejo de Estado en sentencia del 3 de junio de 2021, en cuanto al descuento de las mesadas adicionales de junio y diciembre.¹⁵

§61. El artículo 157 de la Ley 100 de 1993 establece que son afiliados al SGSS en salud todos los residentes en Colombia que se encuentren afiliados al régimen contributivo o al subsidiado y los vinculados temporalmente. Al régimen contributivo pertenecen los afiliados con capacidad de pago, como cotizantes están los pensionados por jubilación, vejez, invalidez, sobreviviente, tanto del sector público como del privado.

§62. Por su parte, el artículo 143 ibídem, previó para los pensionados antes del 1 de abril de 1994, el reajuste mensual equivalente a la elevación en la cotización para salud que resulte de la aplicación de dicha norma. Así mismo, la cotización para salud a cargo de los pensionados, quienes podrían cancelarla mediante una cotización complementaria durante su período de vinculación laboral.

§63. El artículo 280 de la Ley 100 de 1993 dispuso sobre la obligatoriedad de aportar para los fondos de solidaridad en los regímenes de salud y pensiones, a partir del 1 de abril de 1994.

2.5.1 Aplicación del régimen en salud para los afiliados al sector público y al fondo de prestaciones sociales del magisterio y al sistema general de seguridad social en salud.

§64. La Ley 4 de 1966¹⁶, determinó para los afiliados a los Caja Nacional de Previsión Social, el deber de cotizar el porcentaje del 5%, a favor de la entidad de previsión, sobre la mesada pensional.

§65. Lo anterior es reiterado por el artículo 37 del Decreto 3135 de 1968¹⁷: *"Prestaciones para pensionados. A los pensionados por invalidez, jubilación y retiro por vejez se les prestará por la entidad que les pague la pensión, asistencia médica,*

¹⁵ CONSEJO DE ESTADO -SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO -SECCIÓN SEGUNDA - Bogotá D.C., tres (03) de junio de dos mil veintiuno (2021) -Referencia: NULIDAD Y - RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO -Radicación: 66001-33-33-000-2015-00309-01(0632-2018)

¹⁶ <https://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/Mantenimiento/normas/Norma1.jsp?i=1573>

¹⁷ "por el cual se prevé la integración de la seguridad social entre el sector público y el privado y se regula el régimen prestacional de los empleados públicos y trabajadores oficiales"

*farmacéutica, quirúrgica y hospitalaria. **Para este efecto el pensionado cotizará mensualmente un cinco por ciento (5%) de su pensión**".-sft-*

§66. Posteriormente, el numeral 2º del artículo 81 de la Ley 91 de 1989¹⁸, por el cual se creó el Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, señaló como objetivos de dicho fondo, garantizar la prestación de los servicios médico-asistenciales. Y este fondo se constituye con varias fuentes, entre otras: "...El 5% de cada mesada pensional que pague el Fondo **incluidas las mesadas adicionales**, como aporte de los pensionados."-sft-

§67. El artículo 15 de la citada disposición, determinó el régimen aplicable para el personal docente dependiente de la vinculación así:

"ARTÍCULO 15. A partir de la vigencia de la presente Ley el personal docente nacional y nacionalizado y el que se vincule con posterioridad al 1 de enero de 1990 será regido por las siguientes disposiciones:

(Ver art. 6 Ley 60 de 1993)

1. Los docentes nacionalizados que figuren vinculados hasta el 31 de diciembre de 1989, para efectos de las prestaciones económicas y sociales, mantendrán el régimen prestacional que han venido gozando en cada entidad territorial de conformidad con las normas vigentes.

Los docentes nacionales y los que se vinculen a partir del 1 de enero de 1990, para efectos de las prestaciones económicas y sociales se regirán por las normas vigentes aplicables a los empleados públicos del orden nacional, Decretos 3135 de 1968, 1848 de 1969 y 1045 de 1978, o que se expidan en el futuro, con las excepciones consagradas en esta Ley."

§68. El artículo 81 de la Ley 812 de 2003¹⁹ estableció que el régimen prestacional de los docentes nacionales y nacionalizados vinculados antes de la vigencia de esta ley, es el señalado en las normas establecidas con anterioridad a la misma. Y **los vinculados a partir de la entrada en vigencia** de la citada norma, afiliados al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio tendrán los derechos pensionales del régimen pensional de prima media establecido en las Leyes **100** de 1993 y **797** de 2003, con los requisitos previstos en él; con excepción de la edad de pensión de vejez que será de 57 años para hombres y mujeres. Esta norma fue declarada exequible por la Corte Constitucional en la sentencia C-369-04.

§69. Adicionalmente, el inciso tercero y cuarto ídem, fijó que los servicios de salud para los afiliados a dicho Fondo, **prestados conforme lo estipula la Ley 91 de 1989 y el valor de las cotizaciones por los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio corresponderá a la suma de aportes que para salud y pensiones establezcan las Leyes 100 de 1993 y 797 de 2003**, manteniendo la misma distribución que exista para empleadores y trabajadores.

§70. Posteriormente, el primer párrafo transitorio del Acto Legislativo 01 de 2005, dispuso que: "*El régimen pensional de los docentes nacionales, nacionalizados y territoriales, vinculados al servicio público educativo oficial es el establecido para el Magisterio en las disposiciones legales vigentes con anterioridad a la entrada en*

¹⁸ https://www.mineducacion.gov.co/1621/articles-85852_archivo_pdf.pdf

¹⁹ http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/ley_0812_2003.html#1

vigencia de la Ley 812 de 2003, y lo preceptuado en el artículo 81 de ésta. Los docentes que se hayan vinculado o se vinculen a partir de la vigencia de la citada ley, tendrán los derechos de prima media establecidos en las leyes del Sistema General de Pensiones, en los términos del artículo 81 de la Ley 812 de 2003.”

§71. En cuanto al monto de la contribución de cotizaciones el artículo 204 de la Ley 100 de 1993, establecía:

*“(…) La cotización obligatoria que se aplica a los afiliados al sistema general de seguridad social en salud según las normas del presente régimen, será máximo **del 12% del salario base de cotización, el cual no podrá ser inferior al salario mínimo.** Dos terceras partes de la cotización estarán a cargo del empleador y una tercera parte a cargo del trabajador. Un punto de la cotización será trasladado al fondo de solidaridad y garantía para contribuir a la financiación de los beneficiarios del régimen subsidiado”. (Resalta la Sala)*

§72. Dicha preceptiva fue modificada por el artículo 10 de la Ley 1122 de 2007, que dispuso:

*“**Artículo 204. Monto y distribución de las cotizaciones.** La cotización al Régimen Contributivo de Salud será, a partir del primero (1°) de enero del año 2007, del 12,5% del ingreso o salario base de cotización, el cual no podrá ser inferior al salario mínimo. La cotización a cargo del empleador será del 8,5% y a cargo del empleado del 4%. Uno punto cinco (1,5) de la cotización serán trasladados a la subcuenta de Solidaridad del Fosyga para contribuir a la financiación de los beneficiarios del régimen subsidiado. Las cotizaciones que hoy tienen para salud los regímenes especiales y de excepción se incrementarán en cero punto cinco por ciento (0,5%), a cargo del empleador, que será destinado a la subcuenta de solidaridad para completar el uno punto cinco a los que hace referencia el presente artículo. El cero punto cinco por ciento (0,5%) adicional reemplaza en parte el incremento del punto en pensiones aprobado en la Ley 797 de 2003, el cual sólo será incrementado por el Gobierno Nacional en cero punto cinco por ciento (0,5%).*

§73. La Ley 1250 de 2008¹² adicionó el artículo 204 de la Ley 100 de 1993, en el sentido de que la cotización mensual al régimen contributivo de salud de los pensionados será del 12% del ingreso de la respectiva mesada pensional.

§74. De las normas señaladas se evidencia que el objetivo del Legislador se encaminó a efectuar aportes para salud tanto en los regímenes especiales como del Sistema General de Seguridad Social, incluidos los pensionados afiliados al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio.

§75. En lo atinente al porcentaje de la cotización para los afiliados al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, se dispuso inicialmente con la Ley 91 de 1989, una cotización del 5%. Posteriormente con la entrada en vigor de la Ley 812 de 2003, se habilitó un valor total de la cotización correspondiente a la suma de aportes que para salud establezca las leyes 100 de 1993 y 797 de 2003.

§76. En consecuencia, se deriva que las cotizaciones que se deducen de la mesada pensional de los afiliados al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio equivalen al mismo porcentaje que se debe descontar al Régimen General de Seguridad Social.

§77. Por su parte, la Máxima Corporación Constitucional en sentencia T-835 de 2014, sobre la obligatoriedad en la cotización a los pensionados al Sistema General de Salud, tanto para regímenes especiales, como la pensión gracia, y el ordinario dispuso:

“Entonces, incluso los regímenes de excepción tienen el deber de cotizar al Sistema General de Seguridad Social, para la prestación de los servicios médico asistenciales, situación que no varió con la expedición de la Ley 100 de 1993. Esto encuentra respaldo en el principio de solidaridad que caracteriza este sistema. Así en la sentencia C-1000 de 2007, la Corte reiteró la posición de la obligación de cotizar al Sistema, señalada en la C-548 de 1998 y sobre los aportes que deben efectuar los pensionados señaló:

(...)

En conclusión, todo pensionado debe contribuir a la sostenibilidad y eficiencia del sistema General de Salud, no sólo para recibir los distintos beneficios, sino para financiar el sistema en su conjunto, colaborando con sus aportes a la prestación de la asistencia médica de todas las personas que pertenecen al régimen subsidiado, en desarrollo del principio de solidaridad consagrado en la Constitución. (...) Rft”

§78. Respecto al monto de las cotizaciones que deben realizar los docentes pensionados afiliados al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, por concepto de salud, la Sección Segunda del Honorable Consejo de Estado, en sentencia del 10 de mayo de 2018²⁰, precisó:

“3. Por otro lado, la Ley 91 de 1989, fijó como uno de los objetivos del Fondo Nacional de prestaciones sociales del Magisterio: Garantizar la prestación de los servicios médico-asistenciales, para contratará con entidades de acuerdo con instrucciones que imparta el Consejo Directivo del Fondo. Entonces, a cargo del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales el Magisterio tiene a cargo las prestaciones sociales de los afiliados al Magisterio, entre estas, (i) la pensión ordinaria y (ii) garantizar la prestación la prestación de los servicios médico asistenciales. Lo que indica que los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterios, por disposición de la ley, tienen un régimen especial de seguridad social en salud.

(...)

Del análisis de la normatividad referida [artículos 2 de la Ley 4 de 1966 y 8.5 de la Ley 91 de 1989 que tratan del descuento del 5% para el Fondo incluidas las mesadas adicionales], se evidencia que el legislador, se sentó para todos los afiliados a la Caja Nacional forzosos y voluntarios e incluidos los pensionados la obligación de cotizar para salud, deber que también opera para los afiliados al Fondo de Prestaciones Sociales. Actualmente, con el sistema de seguridad social integral previsto en la Ley 100 de 1993, del cual hace parte el subsistema de seguridad social en salud, una de las obligaciones de los afiliados es justamente efectuar las cotizaciones. (Artículo 161 Ley 100 de 1993). Lo propio hizo el artículo 8º de la Ley 91 de 1989, respecto del personal afiliado al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, que incluye también a los pensionados. (Pensión ordinaria)

(...)

Así las cosas, la cotización para salud del sistema general de los docentes afiliados al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, es el mismo porcentaje del régimen general.

(...)

La jurisprudencia de la Corte Constitucional, y teniendo en cuenta que los docentes gozan de un sistema de salud, especial, señaló:

²⁰ CONSEJO DE ESTADO- SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO- SECCION SEGUNDA - SUBSECCIÓN B- Consejero ponente: CÉSAR PALOMINO CORTÉS- Bogotá, D.C., diez (10) de mayo de dos mil dieciocho (2018) -Radicación número: 68001-23-31-000-2010-00624-01(0340-14)

“22. Ahora bien, bajo el entendido que **los docentes gozan de un sistema de salud diferente al señalado en la Ley 100 de 1993**, corresponde al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio prestarle los servicios de salud a que tienen derecho y a la Caja Nacional de Previsión Social hoy UGPP, **efectuar los aportes correspondientes al Sistema General de Seguridad Social en Salud** al Fondo de Seguridad y Garantía - FOSYGA como lo determina el artículo 14 del Decreto 1703 de 2002, “Por el cual se adoptan medidas para promover y controlar la afiliación y el pago de aportes en el Sistema General de Seguridad Social en Salud” (...)

(...)

De conformidad con el anterior artículo es completamente válido -y legal que quien se encuentra percibiendo una pensión de vejez, y a su vez recibe pensión gracia, cotice sobre las dos pensiones en materia de salud. Una cotización será girada al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio y la otra al FOSYGA, recursos con los cuales se financia el Sistema de Seguridad Social en Salud.

23. Como se puede observar ni el artículo 52 del Decreto 806 de 1998, ni en el artículo 14 de Decreto 1703 de 2002, excluyeron de la obligación de cotizar al Sistema General de Seguridad Social en Salud a los beneficiarios de la pensión gracia, por lo tanto, los mismos se encuentran obligados a efectuar aportes con destino al Sistema General de Seguridad Social en Salud, en los términos señalados en la ley y en las normas reglamentarias aplicables.

24. Sobre el monto del aporte a salud con anterioridad a la Ley 100 de 1993, los pensionados del sector oficial, incluyendo los beneficiarios de la pensión gracia, cotizaban sobre el 5% de su mesada pensional, con fin que se les prestaran los servicios médico asistenciales; porcentaje diferenciado respecto al establecido para los pensionados del sector privado afiliados al Instituto de Seguros Sociales.

Con la expedición de la Ley 100 de 1993, artículo 143, se estableció de manera general que la tasa de cotización para financiar el Sistema General de Seguridad Social en Salud sería hasta del 12 %, motivo por el cual, con el fin de no afectar los ingresos efectivos de los pensionados, y mantener el poder adquisitivo de sus mesadas, se consagró un incremento en el monto de las pensiones equivalente a la diferencia entre el valor de la cotización establecida en la Ley 100 de 1993 (12%), y el valor del aporte que se le venía efectuando al beneficiario de la pensión gracia (5%).

De esta manera, por virtud de la misma disposición, a los beneficiarios de la denominada pensión gracia también se les incrementó correlativamente el valor de su mesada en el monto del incremento de su aporte a salud, con el fin de no afectar los ingresos reales que venían percibiendo.

25. En conclusión, no existe disposición que excluya a los regímenes de excepción del deber de cotizar al Sistema General de Seguridad Social, por el contrario se encuentra demostrado, que a través del tiempo los beneficiarios de la pensión gracia han estado obligados a efectuar los aportes correspondientes al sistema de salud para la prestación de los servicios médico asistenciales, situación que no varió con la expedición de la Ley 100 de 1993. **El pago de las cotizaciones en salud es obligatorio**, independientemente de que se preste o no el servicio de salud, en acatamiento del principio de solidaridad que rige el sistema de Seguridad Social en Colombia, conforme lo establece el artículo 48 de la Constitución, definido en el literal c) del artículo 2 de la Ley 100 de 1993...”-sft-

§79. De las normas anotadas y los postulados jurisprudenciales esgrimidos, se colige que los pensionados afiliados al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, aunque son beneficiarios del régimen especial en pensiones previsto en la Ley 100 de 1993, no los exonera de realizar los aportes al Sistema de Seguridad Social en Salud, por disposición expresa de la Ley 812 de 2003.

2.5.2. Descuento de salud sobre las mesadas adicionales

§80. En reciente pronunciamiento de unificación jurisprudencial el Consejo de Estado en sentencia del 3 de junio de 2021, señaló que los descuentos de las mesadas adicionales se hacen conforme a lo indicado en el sistema de seguridad social integral:²¹

“83. Así las cosas, el término bajo examen lleva a que el descuento se haga a cada una de las mesadas pensionales que se reciban y no solamente de las ordinarias, pues de la expresión «de la respectiva mesada pensional» incluye las adicionales, puesto que también tienen esa connotación. Por lo tanto, las deducciones de las mesadas de junio y diciembre también se encuentran comprendidas en el contenido normativo en cuestión, dado que no se ha introducido excepción legal en este punto, contrario a ello, es una obligación derivada del artículo 8, inciso 6, de la Ley 91 de 1989.

84. En efecto, una interpretación lógica del artículo 204 de la Ley 100 de 1993, lleva al mismo entendimiento si se tiene en cuenta que dicha norma prevé que la cotización mensual al régimen de salud será del 12% de la respectiva mesada pensional. Los pagos que superan los valores ordinarios recibidos en junio y diciembre son mesadas adicionales, tal y como se desprende de los artículos 50 y 142 ejusdem, y aún del artículo 8 de la Ley 91 de 1989 cuando señala «incluidas las mesadas adicionales». Entonces, el porcentaje de los descuentos de que trata el artículo 204 de la Ley 100 de 1993, aplicable por disposición del artículo 81 de la Ley 812 de 2003, incluye a las mesadas adicionales.

85. En consecuencia, el argumento sustentado en una interpretación literal del artículo 204 de la Ley 100 de 1993 no implica la exclusión de las mesadas adicionales de los docentes pensionados afiliados al FOMAG.

2. REGLA DE UNIFICACIÓN

86. Son procedentes los descuentos con destino a salud en el porcentaje del 12% señalado en el artículo 204 de la Ley 100 de 1993, así como las normas que lo modifiquen, de las mesadas adicionales de junio y diciembre de los docentes. Lo anterior por cuanto el artículo 8 de la Ley 91 de 1989 les impuso el deber de contribuir con el aporte del 5% al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, incluso con la deducción de las mesadas adicionales. Más adelante, la Ley 812 de 2003, en el artículo 81, incrementó el porcentaje al 12%, al hacer remisión a las disposiciones generales de la Ley 100 de 1993, particularmente a los porcentajes de los aportes señalados en el artículo 204 de la Ley 100 de 1993, los cuales se deducen de todas las mesadas pensionales, incluso de las adicionales. 3. Efectos en el tiempo del precedente

87. Con el fin de proteger los principios de equidad e igualdad y la superación de situaciones que afectan el valor de la justicia y la aplicación de las normas de conformidad con los cambios sociales, políticos, económicos y culturales, por regla general, la Sala Plena de esta Corporación ha dado aplicación a su precedente de forma retrospectiva⁴⁶. En este caso, no se advierte la necesidad de dar efectos prospectivos a la regla de unificación aquí definida, toda vez

²¹ CONSEJO DE ESTADO -SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO -SECCIÓN SEGUNDA - Bogotá D.C., tres (03) de junio de dos mil veintiuno (2021) -Referencia: NULIDAD Y - RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO -Radicación: 66001-33-33-000-2015-00309-01(0632-2018)

que no restringen el acceso a la administración de justicia ni afectan los derechos adquiridos o fundamentales de las partes.

88. Además, es importante destacar que la decisión que se adopta en esta sentencia de unificación se acompasa con los principios de solidaridad y sostenibilidad financiera del sistema pensional y de salud, en consideración a que los recursos que provienen de los aportes que efectúan los docentes de sus mesadas pensionales, cuya destinación está dada por la ley, redundan en su beneficio, por ende, tienen una finalidad de interés general inspirada en dichos principios. En consecuencia, los efectos retrospectivos de esta providencia resultan acordes con dicho objetivo.

89. Por lo anterior, en esta ocasión, se adopta el mismo criterio, por lo que la regla jurisprudencial que en esta providencia se fija se aplicará a todos los casos pendientes de solución tanto en vía administrativa como judicial, a través de acciones ordinarias, con la salvedad de aquellos en los que haya operado la cosa juzgada, los cuales, en función del principio de seguridad jurídica, son inmodificables.”

§81. De esta manera, aun cuando la Ley 812 de 2003 extendió el régimen de cotización en materia de salud a los pensionados afiliados al FNPSM, ello sólo conllevó a que se incrementara el porcentaje de cotización de los docentes, del 5% al 12%. Esto no tiene virtualidad de derogar expresa ni tácitamente lo previsto en el régimen especial en punto de la posibilidad de hacer los descuentos de salud sobre las mesadas adicionales.

§82. De igual manera, la Sección Segunda del Consejo de Estado, en providencia de tutela del 14 de septiembre de 2017²², denegó la solicitud sobre la devolución de aportes de salud sobre las mesadas adicionales de los pensionados afiliados al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, basado en los siguientes argumentos:

*“(…) A partir de lo anterior, esta Sala advierte, en síntesis, que el tribunal, señaló que aunque la Ley 812 de 2003 gobierna el monto de las cotizaciones a salud de **los pensionados afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, es necesario remitirse a la Ley 91 de 1989, en lo que toca con la posibilidad de efectuar dichos descuentos sobre las mesadas adicionales.***

*En ese sentido, consideró viable el descuento por salud sobre la mesada catorce percibida por la accionante, por cuanto, aunque las Leyes 42 de 1982 y 43 de 1984, prohibían descuento alguno sobre las mesadas adicionales, en su criterio, **estas normas fueron derogadas tácitamente por la Ley 91 de 1989, por haber sido expedida de forma posterior, la cual, contempló dichos descuentos sobre las mesadas adicionales, inclusive.***

*En esta perspectiva, advierte la Sala que el análisis normativo efectuado por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca es razonable, toda vez que se sustentó **en la vigencia de las normas relevantes al asunto puesto en consideración, por lo***

²² CONSEJO DE ESTADO- SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO- SECCION SEGUNDA - SUBSECCIÓN A- Consejero ponente: GABRIEL VALBUENA HERNÁNDEZ- Bogotá, D.C., catorce (14) de septiembre de dos mil diecisiete (2017) -Radicación número: 11001-03-15-000-2017-01998-00(AC). <http://190.217.24.55:8080/WebRelatoria/FileReferenceServlet?corp=ce&ext=doc&file=2108186>

que no es posible colegir que la providencia judicial cuestionada constituya un error sustantivo.

En suma, concluye esta Sala de decisión que en la providencia cuestionada no se evidencia ninguna causal de procedencia de la acción de tutela, pues como se demostró, no fue producto de un actuar caprichoso del Colegiado demandado, sino de la conjunción en la apreciación de las pruebas de acuerdo con las reglas de la sana crítica y la interpretación legal de las normas aplicables al caso concreto.”

§83. En ese orden de ideas, considera la Sala que los descuentos por concepto de salud sobre las mesadas adicionales de junio y diciembre fueron previstos en la Ley 91 de 1989, para los afiliados del Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio.

§84. A pesar de no mencionarse taxativamente en la Ley 812 de 2003, no significa que hubiese cesado la obligación de cotizar sobre dichas mesadas, pues en atención al principio de solidaridad que erige el Sistema de Seguridad Social, y en aras de preservar la contribución al sistema para lograr la sostenibilidad, eficacia y financiación del mismo, es procedente realizar los descuentos sobre la mesadas adicionales recibidas por los pensionados afiliados a dicho Fondo.

§85. Considera la Sala, que no le asiste razón al impugnante al indicar que la parte actora, por ingresar con anterioridad al 27 de junio de 2003 se debe descontar por concepto de cotización a salud el 5% sobre las mesadas pensionales, incluidas las mesadas adicionales.

§86. En este sentido, se tiene que los descuentos aplicados a los pensionados afiliados al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, sobre la mesada ordinaria y adicionales de los meses de junio y diciembre, por concepto de salud, deben hacerse aplicando los porcentajes previstos por las normas anteriormente señaladas.

§87. Por lo anterior, se confirmará la sentencia de primera instancia que negó las pretensiones.

2. Costas en esta Instancia.

§88. Con base en el numeral 3 del artículo 365 numeral 1 del CGP, aplicable por virtud del precepto 188 de la Ley 1437 de 2011, y la Ley 2080 de 2021 no se impondrán costas a cargo de la parte vencida en el proceso, toda vez que las pretensiones no eran notoriamente infundadas, no se generaron gastos, ni se demostró en esta instancia alguna gestión de la parte accionada.

§89. La presente sentencia se profiere fuera del turno ordinario de procesos a despacho para sentencia por permitirlo el artículo 18 de la Ley 446 de 1998.

§90. Por lo discurrido, la Sala de Decisión del Honorable Tribunal Administrativo de Caldas, administrando Justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

Sentencia

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia dictada el 11 de marzo de 2021 por la Señoría del Juzgado Cuarto Administrativo del Circuito de Manizales, en el proceso de nulidad y restablecimiento del derecho interpuesto por **TERESA DE JESÚS SÁNCHEZ HERNÁNDEZ** en contra de la **NACIÓN - MINISTERIO DE**

EDUCACIÓN- FONDO DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO – DEPARTAMENTO DE CALDAS por los argumentos motivo de la demanda.

SEGUNDO: NO CONDENAR EN COSTAS conforme a los argumentos expuestos.

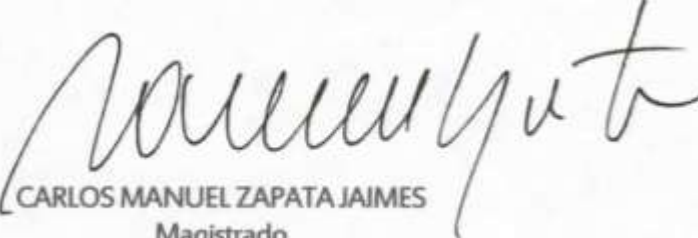
TERCERO: Ejecutoriada esta providencia, **DEVUÉLVASE** el expediente al Juzgado de origen, previas las anotaciones del caso.

Notifíquese y Cúmplase

Los Magistrados



PUBLIO MARTÍN ANDRÉS PATIÑO MEJÍA



CARLOS MANUEL ZAPATA JAIMES
Magistrado



PATRICIA VARELA CIFUENTES
Magistrada

**TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE
CALDAS**

NOTIFICACIÓN POR ESTADO

No. 169

FECHA: 21/09/2021

Firmado Por:

Publio Martin Andres Patiño Mejia
Magistrado
Mixto 006
Tribunal Administrativo De Manizales - Caldas

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica, conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

Código de verificación:

6ae2dafbfcc6f6323a5b12510e3bbd2d6b48e00c48169c3be000aaf65bcfe4c0

Documento generado en 20/09/2021 11:01:14 AM

Valide este documento electrónico en la siguiente URL:
<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>

REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL
HONORABLE TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS
Sala de Decisión
Magistrado Ponente: Publio Martín Andrés Patiño Mejía

A.S.0219



ASUNTO:	AUTO DE MEJOR PROVEER
MEDIO DE CONTROL	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
DEMANDANTE:	MARÍA ELICENIA GONZÁLEZ MEJÍA
DEMANDADO:	FOMAG
RADICACIÓN:	170013333003-2019-00264-02

Manizales, veinte (20) de septiembre de dos mil veintiuno (2021).

Proyecto discutido y aprobado en Sala de la presente fecha.

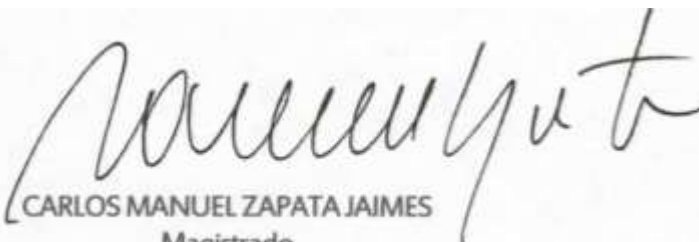
§01. Estando el proceso para decisión, encuentra la Sala que es necesario decretar pruebas de oficio para esclarecer los puntos oscuros y difusos que se debaten, conforme al artículo 213 del CPACA, por lo que

RESUELVE

PRIMERO: se ordena oficiar a la Secretaría de Educación de la Gobernación de Caldas para que informe si a la señora **MARÍA ELICENIA GONZÁLEZ MEJÍA** identificada con cédula de ciudadanía 24.757.367 se le pagó entre el 27 de septiembre de 2016 al 27 de septiembre de 2017, la bonificación por servicios prestados, indicando el valor y las fechas de pago, así como anexar la certificación y soportes correspondientes a dicho pago.

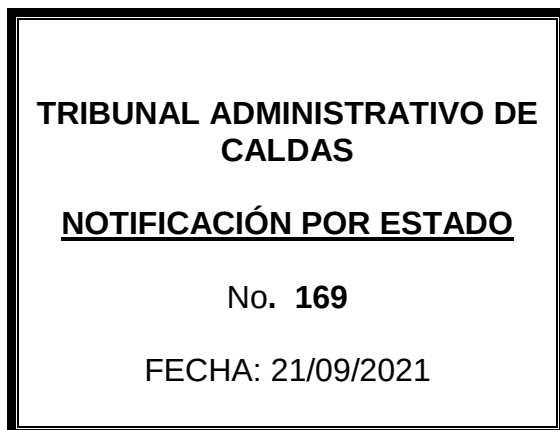
Notifíquese y Cúmplase
Los Magistrados


PUBLIO MARTÍN ANDRÉS PATIÑO MEJÍA


CARLOS MANUEL ZAPATA JAIMES
Magistrado



PATRICIA VARELA CIFUENTES
Magistrada



Firmado Por:

Publio Martin Andres Patiño Mejia
Magistrado
Mixto 006
Tribunal Administrativo De Manizales - Caldas

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica,
conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

Código de verificación:
d622fd2d40085aa6a094e49a945c108b9bb86c3c396f506aedd4ca25d43dd80a
Documento generado en 20/09/2021 11:01:37 AM

Valide este documento electrónico en la siguiente URL:
<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>

**REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL
HONORABLE TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS**

**Sala Sexta de Decisión
Magistrado Ponente: Publio Martín Andrés Patiño Mejía**

Sentencia de Segunda Instancia

Acción: Nulidad y Restablecimiento del Derecho – Laboral
Demandante: Carlos Alberto Zapata Cortes
Demandado: Nación_ Ministerio de Defensa- Policía Nacional
Radicado: 17 001 3339006-2019-00314-02
Acto judicial: Sentencia 096

Manizales, veinte (20) de septiembre de dos mil veintiuno (2021).

Proyecto discutido y aprobado en Sala de la presente fecha.

Asunto

§01. **Síntesis:** La parte actora, policía del nivel ejecutivo, solicita se le reliquide el salario y se incluya el subsidio familiar con inclusión del 39% del salario por su grupo familiar, según el régimen anterior de los decretos 1212 y 1213 de 1990. El juzgado negó las pretensiones porque no puede escindirse los dos regímenes al no existir una desmejora del régimen salarial del actor. La sala confirma la sentencia.

§02. La Sala dicta sentencia de segunda instancia en el medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho interpuesto por el señor Carlos Alberto Zapata Cortes, demandante, contra la Nación-Ministerio de Defensa- Policía Nacional, demandada. El objeto es decidir la apelación interpuesta por la parte demandante contra la sentencia proferida el 18 de agosto de 2020, por la Señoría del Juzgado Sexto Administrativo del circuito de Manizales, que negó las pretensiones.

1. Antecedentes

1.1. La demanda que pretende que, a la parte demandante, que pertenece al nivel ejecutivo de la policía, se le aplique la prima de subsidio familiar en los porcentajes que se aplica a quienes no están en dicho nivel ejecutivo

§03. El actor pretende:

§03.1. Se inapliquen por inconstitucionales y no convencionales los siguientes artículos: 29 del Decreto 1515 de 2007, 28 del Decreto 673 de 2008, 27 del Decreto 737 de 2009, 27 del Decreto 1530 de 2010, 27 del Decreto 1050 de 2011, 27 del Decreto 842 de 2012, 27 del Decreto 1017 de 2013, 27 del Decreto 187 de 2014, 27

del Decreto 1028 de 2015, 27 del Decreto 214 de 2016, 27 del Decreto 984 de 2017 y 28 del Decreto 324 de 2018.

§03.2. La nulidad del oficio N S-2017-056296/ANOPA-GRUNO-1.10 del 22 de diciembre de 2017 de la Policía Nacional, que negó la reliquidación **del salario**, incluyendo el subsidio familiar en un 30% del salario básico por concepto de su compañera permanente, un 5% del salario básico por concepto de su primer hijo, y un 4% del salario básico por concepto de su segundo hijo.

§04. Como restablecimiento del derecho, se condene a la entidad accionada a reliquidar el salario incluyendo el factor subsidio familiar de la siguiente manera: (i) un 30% del salario básico por concepto de su compañera permanente desde el 9 de febrero de 2008; (ii) un 5% por concepto de su primer hijo; y, (iii) un 4% por concepto de su segundo hijo. Además, el pago indexado de los retroactivos correspondientes a prestaciones, subsidios, aumentos anuales, o cualquier otro derecho causado, incluyendo el subsidio familiar.

§05. En los hechos de la demanda indicó que el actor ingresó a la entidad en el año 2007 como alumno, luego ascendió al grado de patrullero, en el *nivel ejecutivo*.

§06. Señaló que conformó una unión marital de hecho y procrearon a sus dos menores hijas.

§07. Elevó petición para que se incremente su salario con el factor de la prima de subsidio familiar que se le reconoce a los demás uniformados de la institución, la cual fue negada por la demandada por el **oficio N S-2017-056296/ANOPA- GRUNO-1.10 del 22 de diciembre de año 2017**.

§08. Invocó como normas violadas los decretos 118 de 1957, 41 de 1994, 262 de 1994, 1029 de 1994, 132 de 1995, 1091 de 1995 y la Ley 21 de 1982.

§09. Como concepto de la violación, se expusieron los siguientes argumentos:

§09.1. Se hace una sinopsis histórica de la creación del subsidio familiar, creado para la protección de núcleo familiar. (D. 118/1957, L. 21/1982, Sent. T-942/2014).

§09.2. El artículo 13 de la Ley 21 de 1982 señaló que se continuaría pagando el subsidio familiar a los miembros de los sectores defensa, militar y policía. Para esa época el subsidio familiar para los oficiales, suboficiales y agentes era un porcentaje del salario: 30% para la esposa y hasta 17% para cada hijo. (decretos: 609/1977, 613/1977, 2062/1984, 2062/1984/, 96/1989, 97/1989, 1212/1990, 1213/1990).

§09.3. Los decretos 1212 y 1213 de 1990 reformaron la estructura de la policía y se creó el *nivel ejecutivo*, y a partir del Decreto 122 del 23 de enero 1997 el subsidio familiar se establece para este nivel por decretos anuales, en una suma fija en dinero por persona a cargo, sin distinción del cargo, grado o función del miembro de la policía.

§09.4. De esta manera, el pago con suma fija del subsidio familiar desmejora los derechos de la familia, de los niños y adolescentes, lo que se configura en causal de

nulidad por violación del derecho nacional e internacional a la protección y no discriminación de los menores, como por la transgresión del principio de progresividad y prohibición de retroceso (arts. 44, 45 CP, L.1098/2006, 2, 10 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, 17 de la Convención Interamericana de Derechos Humanos, Convención de los derechos del niño).

§09.5. Al efecto la parte demandante allegó pronunciamientos de: (i) la Corte Constitucional acerca de la inconstitucionalidad de la progresividad del pago del parafiscal del subsidio familiar para empleados de pequeñas empresas que estipulaba el parágrafo del artículo 5° de la Ley 1429 de 2010 (Sent. C-629/2011); (ii) el Consejo de Estado en cuanto al reconocimiento del subsidio familiar en la asignación de retiro de oficiales y suboficiales de las Fuerzas Militares, y que no se reconocía a los soldados profesionales.

1.2. La Nación_ - Ministerio de Defensa- Policía Nacional contestó la demanda señalando que no se puede aplicar al actor un régimen salarial diferente al que le corresponde al nivel ejecutivo (fl. 023 c1)

§10. Se opuso a las pretensiones, y admitió los hechos acerca de la vinculación del actor y la expedición del acto demandado.

§11. La entidad expuso que el subsidio familiar creado por la Ley 21 de 1982 fue previsto en la policía en los decretos 1212 y 1213 de 1990 para los oficiales, suboficiales y agentes de la policía, como un porcentaje de la asignación básica, a favor de la esposa e hijos, sin sobrepasar el 17% por cada uno.

§12. Luego de la creación del nivel ejecutivo en la policía, los artículos 15 a 21 del Decreto 1091 de 1995 establecieron el subsidio familiar para todos los cargos de dicho nivel, pagadero en una suma de dinero, sin el carácter de factor, a favor solo de los hijos y padres.

§13. El Consejo de Estado sentenció que el régimen del nivel ejecutivo no puede escindirse agregar factores del régimen anterior, por no ser equiparables dichos regímenes.

§14. Manifestó que las normas concernientes a los soldados del ejército nacional no son equiparables ni aplicables a los miembros del nivel ejecutivo de la Policía Nacional.

§15. Aunque no propuso excepciones, solicitó que se tenga en cuenta la prescripción.

1.3. La sentencia que negó las pretensiones

§16. La sentencia negó las pretensiones en los términos que pasan a relacionarse:

“PRIMERO: NIÉGUENSE las pretensiones de la demanda dentro del medio de control de NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO instaurado por el señor CARLOS ALBERTO ZAPATA CORTES en contra de NACIÓN –MINISTERIO DE DEFENSA – POLICÍA NACIONAL, por lo considerado en esta providencia.

SEGUNDO: SIN COSTAS, por lo considerado

§17. Una vez expuestos los fundamentos fácticos y jurídicos de la demanda y la contestación, determinó como problema jurídico el siguiente:

¿Adolece de nulidad del acto administrativo demandado, por medio del cual Policía Nacional, ¿le negó al accionante la reliquidación de del salario del demandante?

En caso afirmativo,

¿Le asiste el derecho a la parte accionante a que se reliquide su salario en un 30% por concepto de su esposa como subsidio familiar adicional al ya percibido?

¿Le asiste el derecho a la parte accionante a que se reliquide su salario en un 5% por concepto de su primer hijo como subsidio familiar adicional al ya percibido?

¿Le asiste el derecho a la parte accionante a que se reliquide su salario en un 4% por concepto de su segundo hijo como subsidio familiar adicional al ya percibido?

En caso de accederse a las pretensiones de la demanda.

¿Se configura la prescripción de los derechos laborales periódicos?

§18. El Juzgado analizó que quienes como miembros activos de la policía ingresaron al nivel ejecutivo deben seguir disfrutando del régimen que gozaban anteriormente; pero aquellos que ingresaron directamente al nivel ejecutivo se regulan por el régimen salarial y prestacional de dicho nivel.

§19. Como el actor ingresó a la policía en 2007, su régimen salarial se regula íntegramente por el nivel ejecutivo, y de esta forma, los regímenes salariales no pueden escindirse en su favor, por lo que el juzgado negó las pretensiones de la demanda.

1.4. La apelación de la parte demandante

§20. La parte demandante presentó el recurso de apelación con los siguientes argumentos:

§21. El actor tiene derecho a las pretensiones, conforme al test integrado de igualdad, sobre los siguientes parámetros: (i) son comparables las familias de los miembros de

la policía que están en el nivel ejecutivo y quienes no están en ese nivel; (ii) conforme al nivel leve de intensidad de igualdad, se evidencia un trato diferenciado entre las familias, sin justificación constitucionalmente válida.

§22. Es viable la combinación de regímenes salariales y prestacionales, porque en un juicio de ponderación, el principio de aplicación inescindible de las normas debe ceder a los derechos fundamentales de igualdad, del menor y la familia.

§23. Como las familias son las directamente afectadas en sus derechos, la sentencia no puede señalar que el régimen salarial del demandante es mejor que el régimen de los demás miembros de la policía.

§24. Aunque el actor ingresó voluntariamente al nivel ejecutivo, esto no implica la renuncia a sus derechos fundamentales irrenunciables, aunque sea un oficial y sin importar si su ingreso se puede calificar como alto.

§25. La sentencia del Consejo de Estado en la que se apoyó el juzgado se fundamentó en el principio de la sostenibilidad fiscal, pero esto no puede justificar la trasgresión de los derechos fundamentales del actor.

§26. Que no se requiere la interposición de la acción de nulidad simple contra los decretos que fijaron el subsidio familiar para el nivel ejecutivo.

§27. Se opuso a la supuesta condena en costas que habría impuesto el juzgado.

1.5. Actuación segunda instancia y alegatos

§28. Mediante auto del 20 de abril de 2021. Se admitió el recurso de apelación interpuesto y se ordenó correr traslado de alegatos a las partes y al Ministerio Público.

§29. La Policía Nacional y la parte demandante presentaron alegatos de conclusión. El Ministerio Público, permaneció silente.

§30. La parte demandante insistió en los argumentos expuestos en el recurso de apelación.

§31. La Nación- Policía Nacional, expuso que no le asiste razón al demandante en tanto el Consejo de Estado ha sido enfático en señalar que en materia prestacional impera el principio de no escindible el régimen salarial.

2. Consideraciones

2.1 Competencia

§32. Corresponde a la Sala decidir el recurso de apelación, conforma al artículo 153 del CPACA.

2.2. Problema Jurídico

§33. Se tendrán en cuenta los argumentos de la apelación que tienen relación con la sentencia expedida, debido a que el apelante señala aspectos que no fueron tocados por el juzgado, como: la consideración que el actor fuera oficial siendo suboficial, no se impuso condena en costas, no se mencionó el principio de sostenibilidad fiscal, ni que el accionante debía presentar la acción de nulidad simple.

§34. *El problema jurídico se formula como: ¿Es procedente reajustar la asignación básica al demandante, perteneciente al nivel ejecutivo, teniendo en cuenta el subsidio familiar, conforme lo establecido en los Decretos 1212 y 1213 de 1990?*

2.3. Lo demostrado en el proceso

§35. De acuerdo a la hoja de servicios, el señor Carlos Alberto Zapata Cortes, tiene como tiempo de servicios del **01/02/2006** al **19/11 / 2018**, con un tiempo de servicios de 12 años, 4 meses y 26 días discriminados así.

- Auxiliar de Policía del **01/02/2006** al **01/02/2007**
- Alumno Nivel Ejecutivo del **22/06/2007** al **11/12/2007**
- Nivel Ejecutivo Resolución 04604 del **12/12/2007** al **19/11/2018**.

§36. El 6 de diciembre de 2017 la parte demandante solicitó a la Policía Nacional el reajuste a la asignación mensual, con la inclusión del subsidio familiar en un 43% del salario básico, conforme a la composición de su núcleo familiar.

§37. Por medio del **oficio N S-2017 056296 del 22 de diciembre de 2017**, la demandada negó la solicitud.

2.4. Régimen de asignaciones y prestaciones del personal del Nivel Ejecutivo de la Policía Nacional

§38. El Gobierno Nacional expidió el Decreto 132 del 13 de enero de 1995, por el cual se desarrolló la carrera profesional del nivel ejecutivo de la Policía Nacional, así:

“ARTÍCULO 13. INGRESO DE AGENTES AL NIVEL EJECUTIVO. Podrán ingresar al primer grado del Nivel Ejecutivo de la Policía Nacional, los agentes en servicio activo siempre y cuando reúnan los siguientes requisitos:

(...)

PARÁGRAFO 1°. Los agentes en servicio activo que no sean bachilleres, tendrán plazo de tres (3) años contados a partir de la vigencia del presente decreto, para acreditar este requisito, o en su defecto, deberán adelantar y aprobar un curso de nivelación académica de acuerdo con reglamentación que expida la Dirección General de la Policía Nacional.

PARÁGRAFO 2°. Los agentes que al momento de ingresar al Nivel Ejecutivo de la Policía Nacional, hayan cumplido ocho (8) o más años de servicio activo como tales, ingresarán al

grado de Subintendente, sin perjuicio de los requisitos exigidos en los numerales 1º, 2º, y 3º de este artículo.

ARTÍCULO 15. RÉGIMEN SALARIAL Y PRESTACIONAL DEL PERSONAL DEL NIVEL EJECUTIVO. El personal que ingrese al Nivel Ejecutivo de la Policía Nacional, se someterá al régimen salarial y prestacional determinado en las disposiciones que sobre salarios y prestaciones dicte el Gobierno Nacional.

ARTÍCULO 82. INGRESO AL NIVEL EJECUTIVO. El ingreso al Nivel Ejecutivo de la Policía Nacional no podrá discriminar, ni desmejorar, en ningún aspecto la situación de quienes están al servicio de la Policía Nacional.”

§39. Posteriormente el Gobierno Nacional expidió el Decreto 1091 de 1995, por el cual se expide el Régimen de Asignaciones y Prestaciones para el personal del Nivel Ejecutivo de la Policía Nacional que en cuanto al subsidio familiar para el personal del nivel ejecutivo señaló:

Artículo 15. Definición. El subsidio familiar es una prestación social pagadera en dinero, especie y servicios al personal del nivel ejecutivo de la Policía Nacional en servicio activo, en proporción al número de personas a cargo y de acuerdo a su remuneración mensual, con el fin de disminuir las cargas económicas que representa el sostenimiento de la familia. Esta prestación estará a cargo del Instituto para la Seguridad Social y Bienestar de la Policía Nacional.

Parágrafo. El subsidio familiar no es salario, ni se computa como factor del mismo en ningún caso.

Artículo 16. Pago en dinero del subsidio familiar. El subsidio familiar se pagará al personal del nivel ejecutivo de la Policía Nacional en servicio activo. El Gobierno Nacional determinará la cuantía del subsidio por persona a cargo.

Artículo 17. De las personas a cargo. Darán derecho al subsidio familiar las personas a cargo del personal del nivel ejecutivo de la Policía Nacional en servicio activo, que a continuación se enumeran:

- a. Los hijos legítimos, extramatrimoniales, adoptivos e hijastros menores de doce (12) años.*
- b. Los hijos legítimos, extramatrimoniales, adoptivos e hijastros mayores de doce (12) años y menores de veintitrés (23) años, que acrediten estar adelantando estudios primarios, secundarios y post-secundarios en establecimientos docentes oficialmente aprobados.*
- c. Los hermanos huérfanos de padre menores de dieciocho (18) años.*
- d. Los hijos y hermanos huérfanos de padre que sean inválidos o de capacidad física disminuida, que hayan perdido más del 60% de su capacidad normal de trabajo.*
- e. Los padres mayores de sesenta (60) años, siempre y cuando no reciban salario, renta o pensión alguna.*

Para efecto del pago del subsidio se consideran personas a cargo las enumeradas, cuando convivan y dependan económicamente del personal del nivel ejecutivo y se hallen dentro de las condiciones aquí estipuladas.

Artículo 18. Reconocimiento del subsidio familiar. La Junta Directiva del Instituto para la Seguridad Social y Bienestar de la Policía Nacional reglamentará el reconocimiento y pago del Subsidio Familiar.

Artículo 19. Extinción del subsidio familiar. El subsidio familiar dejará de ser percibido por el personal del nivel ejecutivo de la Policía Nacional en servicio activo, en los siguientes casos:

- a) Por muerte de la persona a cargo;*

- b) Por independencia económica;
- c) Por incumplimiento de los requisitos establecidos para su reconocimiento y pago;
- d) Por constitución de familia por vínculo natural o jurídico;
- e) Por cumplir la edad límite.

Artículo 20. Novedades de personas a cargo. El personal del nivel ejecutivo de la Policía Nacional en servicio activo, deberá informar al Instituto para la Seguridad Social y Bienestar de la Policía Nacional por conducto de la Dirección General de la Policía, los nacimientos o muertes del personal a cargo, el término de la convivencia y cualquier otro hecho que determine modificaciones en la cuantía del subsidio, dentro del mes siguiente en que cualquiera de dichos eventos ocurra.

Artículo 21. Prohibición pago doble subsidio familiar. En ningún caso habrá lugar al reconocimiento de doble subsidio familiar. Cuando el cónyuge o compañero(a) permanente del miembro del nivel ejecutivo, preste sus servicios en el Ministerio de Defensa o en la Policía Nacional, el subsidio familiar se reconocerá al que perciba mayor sueldo básico: si éste fuere igual, recibirá el subsidio quien acredite mayor tiempo de servicio.

El miembro del nivel ejecutivo cuyo cónyuge o compañero (a) permanente, preste servicio en otra entidad oficial, para tener derecho al subsidio familiar, deberá acreditar que su cónyuge o compañero(a) ha renunciado a dicha prestación en la entidad donde trabaja, mediante certificación expedida por esta última.

2.5. Derecho a la igualdad entre miembros del nivel ejecutivo y oficiales, suboficiales y agentes de la Policía Nacional

§40. El Consejo de Estado en sentencia del 25 de noviembre de 2019 refiriéndose a la nulidad propuesta contra algunos artículos de los decretos reglamentarios 1029 de 1994, 1091 de 1995, 4433 de 2004 y 1858 de 2012, referentes entre otros al subsidio familiar, señaló:

106. Ahora bien, al estudiar el régimen prestacional de los Oficiales, Suboficiales, Agentes frente al personal ejecutivo de la Policía Nacional, encuentra la Sala que sus miembros no se les reconocen los mismos emolumentos. Sobre el particular, se tiene:

DECRETO 1212 DE 1990	DECRETO 1213 DE 1990	DECRETO 1091 DE 1995
... SUBSIDIO FAMILIAR		
Art. 82 “A partir de la vigencia del presente Decreto los Oficiales y Suboficiales de la Policía Nacional, en servicio activo, tendrán derecho al pago de un subsidio familiar que se liquidará mensualmente sobre el sueldo básico, así: a. Casados el treinta por ciento (30%), más los porcentajes a que se tenga derecho conforme al literal c. de este artículo. b. Viudos, con hijos habidos dentro del matrimonio por los que exista el derecho a devengarlos, el treinta por ciento (30%), más los porcentajes de	Art. 46 “A partir de la vigencia del presente Decreto, los Agentes de la Policía Nacional en servicio activo, tendrán derecho al pago de un subsidio familiar que se liquidará mensualmente sobre el sueldo básico, así: a. Casados el treinta por ciento (30%), más los porcentajes a que se tenga derecho conforme al literal c. de este artículo. b. Viudos, con hijos habidos dentro del matrimonio por los que exista el derecho a devengarlos, el treinta por ciento (30%), más los	Art. 16 “Pago en dinero del subsidio familiar. “El subsidio familiar se pagará al personal del nivel ejecutivo de la Policía Nacional en servicio activo. El Gobierno Nacional determinará la cuantía del subsidio por persona a cargo.”

que trata el literal c. Del presente artículo. c. Por el primer hijo el cinco por ciento (5%) y un cuatro por ciento (4%) por cada uno de los demás, sin que se sobrepase por este concepto del diecisiete por ciento (17%)."	porcentajes de que trata el literal c. del presente artículo. c. Por el primer hijo el cinco por ciento (5%) y un cuatro por ciento (4%) por cada uno de los demás sin que se sobrepase por este concepto del diecisiete por ciento (17%). (...)"	

107. Del cuadro comparativo expuesto, observa la Sala lo siguiente:

...

- **Los decretos que regulan a los Oficiales, Suboficiales y Agentes señalan la forma de liquidar el subsidio familiar, sobre el sueldo básico. Mientras que para los miembros del Nivel Ejecutivo se indica que será el Gobierno Nacional quien determinará la cuantía del subsidio.**

108. En este sentir, se tiene que esta Corporación ha sostenido en reiteradas oportunidades,² que si bien el régimen del Nivel Ejecutivo no contempla el pago de las primas de actividad y antigüedad, ni del subsidio familiar con carácter salarial, no se generó una desmejora de las condiciones laborales de los agentes y suboficiales que se acogieron a la homologación. Es así como, en sentencia de 15 de marzo de 2018,³ esta Subsección señaló:

«En efecto, si bien en el régimen salarial y prestacional del Nivel Ejecutivo no se contemplaron las primas de actividad y antigüedad, entre otras, **y el monto del subsidio familiar fue reducido; no obstante, ello, de por sí, no implica que el régimen al que se acogió le haya sido desfavorable, pues la comparación entre uno y otro no se puede hacer en forma aislada ni fraccionada respecto de cada uno de los factores prestacionales**, bonificaciones o auxilios, sino que es necesario verificar la existencia de una desmejora en la generalidad de componentes que integran su remuneración, dentro de la cual está incluida la asignación básica mensual que fue el principal elemento diferencial entre uno y otro régimen, y el motivo por el cual los agentes y suboficiales de la Institución se acogieron a la homologación.

En otras palabras, este desmejoramiento no puede mirarse aisladamente o factor por factor, pues ello permitiría la posibilidad de crear, sin competencia para el efecto, un tercer régimen, compuesto por aquellos elementos más favorables de cada uno de las normativas en estudio (en este caso, el de los Suboficiales - Decreto 1212 de 1990, por un lado; y, el del Nivel Ejecutivo - Decreto 1091 de 1995, por el otro).

Además en virtud del principio de inescindibilidad, la favorabilidad del Nivel Ejecutivo a la que se acogió libremente el demandante debe aplicarse en su integridad, pues es posible que en la nueva normativa (Decreto 1091 de 1995) existan ventajas no estipuladas mientras ostentó la condición de Suboficial y que, a su turno, se hayan eliminado otras, pese a lo cual su condición de integrante del Nivel Ejecutivo le haya permitido, incluso, mejorar sus condiciones salariales y prestacionales.

...

“110. De acuerdo con lo expuesto, se concluye que **no se presentó una «regresión» en materia laboral respecto de los miembros del Nivel Ejecutivo de la Policía Nacional, toda vez que desde su creación, cuenta con un régimen salarial y prestacional propio. En tal medida no se da un desconocimiento de los principios de favorabilidad, condición más beneficiosa y progresividad**, pues atendiendo al principio de inescindibilidad, no podía el Gobierno Nacional tomar los aspectos favorables de cada régimen para su creación. Ello cobra especial importancia respecto del personal homologado, quienes pese a que recibían unos emolumentos que al cambiarse de grado desaparecieron o cambiaron su carácter salarial, mejoraron sus condiciones salariales en atención a otras ventajas que se le otorgaron al nivel ejecutivo, y por las cuales decidieron unirse a este.” (Se resalta)

§41. Este Tribunal, en sentencia antecedente del 9 de julio de 2021¹ con ponencia del Doctor Dohor Edwin Varón Vivas consideró lo siguiente en un caso analógico cerrado de reliquidación de la asignación básica de un miembro del nivel ejecutivo:

“Al demandante no le asiste derecho a que se reliquide su salario incluyendo el subsidio familiar por concepto de su cónyuge en un porcentaje del 30% y por concepto de su primer hijo en un porcentaje del 5%, por cuanto el reconocimiento del subsidio familiar se ha efectuado de conformidad con los artículos 15 y siguientes del Decreto 1091 de 1995.

Además, no existe vulneración del derecho a la igualdad del demandante y de su familia, como miembro de la Policía Nacional del nivel ejecutivo, en comparación con los suboficiales y oficiales de esa institución en lo relacionado con el reconocimiento y pago del subsidio familiar.

Por lo tanto, no es procedente inaplicar en el caso concreto el artículo 28 del Decreto 673 del año 2008; artículo 27 del Decreto 737 del año 2009; artículo 27 del Decreto 1530 del año 2010; artículo 27 del Decreto 1050 del año 2011; artículo 27 del Decreto 842 del año 2012; artículo 27 del Decreto 1017 del año 2013; artículo 27 del Decreto 187 del año 2014; artículo 27 del Decreto 1028 del año 2015; artículo 27 del Decreto 214 del año 2016; artículo 27 del Decreto 984 del año 2017; artículo 28 del Decreto 324 del año 2018, que fijan anualmente el valor del subsidio familiar para el “... Personal del Nivel Ejecutivo de la Policía Nacional.

Por las razones expuestas, no prosperan los argumentos señalados por el apelante y en consecuencia se confirmará la sentencia de primera instancia.”

2.6. Caso concreto

§42. La parte demandante, miembro de la policía en el nivel ejecutivo, pretende que se le aplique la normatividad de los oficiales, suboficiales y agentes del régimen anterior, en el caso concreto del subsidio familiar, según los Decretos 1212 y 1213 de 1990, en un porcentaje del salario básico conforme a la composición familiar.

§43. Conforme al artículo 15 del Decreto 132 de 1995 “... *El personal que ingrese al Nivel Ejecutivo de la Policía Nacional, se someterá al régimen salarial y prestacional determinado en las disposiciones que sobre salarios y prestaciones dicte el Gobierno Nacional.*”

§44. Este régimen fue señalado en el Decreto 1091 de 1995, el cual se le está aplicando al actor, el cual fija una suma determinada de subsidio familiar por los hijos.

§45. Como antes se citó, el Consejo de Estado en sentencia del 25 de noviembre de 2019 indicó que el régimen del nivel ejecutivo redujo el subsidio familiar. Sin embargo,

¹ 17-001-33-33-001-2018-00306-02

no por ello el régimen en general es menos favorable y regresivo, sino que debe valorarse en su conjunto.

§46. Por ello, no existe parámetro de comparación para realizar un test de igualdad por la vulneración de derechos fundamentales, ni para la ponderación de principios, porque hacen falta puntos de comparación en dos elementos: (i) el objeto que es el régimen salarial pleno del nivel ejecutivo frente a los demás, y no por solo un elemento, el subsidio familiar; y, (ii) entre los miembros de la policía que se les aplica el régimen del nivel ejecutivo plenamente y aquellos que no se acogieron o que están en el régimen de transición.

§47. De esta manera, no se están demostrados los vicios endilgados al acto demandado, por lo que no prosperan los argumentos de la apelación y en consecuencia, se confirmará la sentencia de primera instancia.

2.7. Costas

§48. Con base en el artículo 47 de la Ley 2080 de 2021, no se condenará en costas a la parte apelante, debido a que la demanda fue presentada con un sustento legal.

§49. Por lo discurrido, la sala sexta de decisión del Tribunal Administrativo de Caldas, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

Sentencia

PRIMERO: Confírmese la sentencia proferida por el Juzgado Sexto Administrativo del Circuito de Manizales del dieciocho (18) de agosto de 2020, dentro del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho promovido por el señor **CARLOS ALBERTO ZAPATA CORTES** contra **LA NACIÓN- MINISTERIO DE DEFENSA- POLICÍA NACIONAL**, conforme a las consideraciones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO. SIN COSTAS.

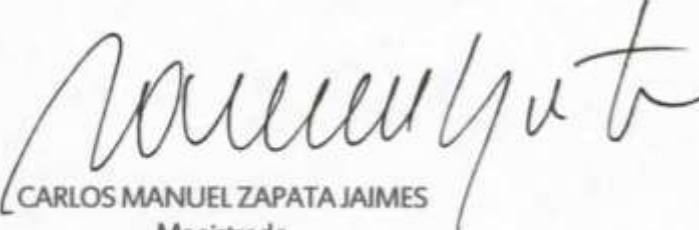
TERCERO: Ejecutoriada esta providencia, **DEVUÉLVASE** el expediente al Juzgado de origen, previas las anotaciones del caso en el Sistema Justicia Siglo XXI.

CUARTO: NOTIFÍQUESE conforme lo dispone el artículo 203 del CPACA.

Notifíquese y Cúmplase
Los Magistrados



PUBLIO MARTÍN ANDRÉS PATIÑO MEJÍA


CARLOS MANUEL ZAPATA JAIMES
Magistrado



PATRICIA VARELA CIFUENTES
Magistrada



Firmado Por:

Publio Martin Andres Patiño Mejia
Magistrado
Mixto 006
Tribunal Administrativo De Manizales - Caldas

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica, conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

Código de verificación:
ad8e60af99ef89a3f1e977a44ed61ccc6f5be0ec6dc22263e0a2b049787cf074
Documento generado en 20/09/2021 11:01:41 AM

Valide este documento electrónico en la siguiente URL:
<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>

REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL



HONORABLE TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS
Sala de Decisión
Magistrado Ponente: Publio Martín Andrés Patiño Mejía

Sentencia de Primera Instancia

Acción: Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Demandante: Javier Vallejo Román
Demandado: Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio-COLPENSIONES
Radicación: 17001-23-33-000-2019-00338-00
Acto Judicial: Sentencia 100

Manizales, veinte (20) de septiembre de dos mil veintiuno (2021).

Proyecto discutido y aprobado en Sala de la presente fecha.

Asunto

§01. **Síntesis:** La parte demandante, docente, solicita el reconocimiento de pensión por aportes regulada por la Ley 71 de 1988. La sala niega la pretensión porque el actor se vinculó al magisterio después de la vigencia de la Ley 812 de 2003 y no se encuentra dentro del régimen de transición de la Ley 100 de 1993.

§02. Procede la Sala del Tribunal Administrativo de Caldas a dictar sentencia de primer grado en el medio de control de Nulidad Y Restablecimiento Del Derecho, de carácter laboral promovido por **Javier Vallejo Román** en contra de **Nación – Ministerio de Educación Nacional – Colpensiones**.

1. Antecedentes

1.1. La demanda que pretende obtener la pensión por acumulación de servicios en el sector público y docente¹

§03. La parte demandante pretende que se declare la nulidad de la Resolución 3602-6 del 19 de junio de 2019 expedida por la Secretaría de Educación de la gobernación de Caldas, en representación del FOMAG, que negó el reconocimiento de la pensión de

¹ 01DemandaAnexos.pdf

jubilación por aportes, equivalente al 75% de los ingresos, por completar 1000 semanas de aportes y 60 años de edad.

§04. A título de restablecimiento del derecho, se ordene al FOMAG el reconocimiento y pago en forma indexada de la pensión de jubilación por aportes equivalente al 75% de todos los factores salariales devengados durante el año de consolidación del estatus pensional; sin que se exija el retiro del servicio para gozar de la prestación social.

§05. Además, que el FOMAG y COLPENSIONES den ejecución a la demanda en los términos de los artículos 192 a 195 del CPACA, junto con la condena en costas.

§06. En los hechos precisó que el actor nació el **18 de diciembre de 1958**, por lo que en la actualidad tiene más sesenta (60) años de edad.

§07. El actor tiene 1.147 semanas de aportes para pensión hechos al ISS, hoy COLPENSIONES.

§08. El accionante fue vinculado a la docencia oficial el **18 de julio de 2005** y hasta la fecha de presentación de la demanda se desempeña como docente oficial.

§09. Una vez cumplidas más 1000 semanas de aportes y 60 años de edad, solicitó al FOMAG el reconocimiento de la pensión por aportes, la cual fue negada por el acto demandado.

§10. Indicó como vulneradas los artículos 1º de la Ley 71 de 1988, 15 de la Ley 91 de 1989, 6 de la Ley 60 de 1993, 115 de la Ley 115 de 1993, 279 de la Ley 100 de 1993, 81 de la Ley 812 de 2003, 1 y 2 del Decreto 3752 de 2003.

§11. En el concepto de la violación el actor explicó que los docentes vinculados, y que tuvieran aportes antes de la expedición de la Ley 812 de 2003 se les aplica la Ley 71 de 1988 y tienen derecho a la acumulación de aportes en tiempos públicos y privados.

1.2. Contestación de la demandada - Colpensiones²

§12. La administradora se opuso a las pretensiones. En cuanto a los hechos se atuvo a las pruebas documentales aportadas con la demanda.

§13. Invocó como fundamentos de derecho los artículos 12, 13, 36, 52 de la ley 100 de 1993, y 5 del Decreto 2527 de 2000.

§14. **Propuso las siguientes excepciones:**

§14.1. **Inepta demanda y falta de legitimación en la causa por pasiva:** COLPENSIONES manifestó que el actor no le solicitó el reconocimiento de la pensión.

² 03 ContestaciónDemandaPdf.

§14.2. Ausencia del derecho reclamado aplicación normativa y reliquidación pensional: Indicó que en el evento de que se considere el reconocimiento pensional a favor del señor Javier Vallejo Román, recae en cabeza de la Nación - Ministerio de Educación - Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, debido a que el antiguo ISS solo tenía responsabilidad respecto al régimen de pensión solidario con prestación definida. (arts. 13, 52 L.100/1993, 5 D.2527/2000)

§14.3. Improcedencia de tomar todos los factores salariales devengados: Argumentó que el artículo 6 del Decreto 691 de 1994 dispone cuales son los factores salariales que se tendrán en cuenta para calcular los aportes y el ingreso base de liquidación, por lo que agregar otras iría en detrimento de la sostenibilidad financiera del sistema pensional (art.2 L100/1993).

§14.4. Improcedencia de reconocer la prestación pensional con el último año de servicios: Como el demandante es beneficiario del régimen de transición, la pensión debe liquidarse conforme al artículo 36 de la ley 100 de 1993, o sea, con el promedio de lo aportado los últimos diez años de servicios.

§14.5. Prescripción del reajuste a la mesada pensional: Expuso la Corte Suprema de Justicia ha sido reiterativa que el derecho a la pensión no prescribe respecto a las bases salariales sobre las cuales se determina el monto, excluyendo de esta forma la indexación pensional.

§14.6. Prescripción: La administradora solicitó que, en caso necesario, se aplique la prescripción normada en los artículos 41 del Decreto 3135 de 1968 y 102 del Decreto 1848 de 1969.

§14.7. Improcedencia de los intereses moratorios por no dar cumplimiento al fallo conforme lo dispuesto en el artículo 192 del CPACA: Si en caso que la parte demandante no solicite el pago de la sentencia en los tres meses siguientes a la ejecutoria, cesará la generación de intereses moratorios hasta tanto se presente el reclamo.

§14.8. Buena Fe: Manifestó que las actuaciones de COLPENSIONES se han efectuado de buena fe, atendido diligentemente las reclamaciones, conforme a las normas vigentes.

§14.9. Declarables de oficio

§15. Como fundamentos de defensa esgrimió los mismos razonamientos expuestos en las excepciones.

1.3. Contestación de la Nación - Ministerio de Educación Nacional - Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio -FOMAG³

§16. El ministerio se opuso a las pretensiones, y solo aceptó los hechos que tenían soporte documental en la demanda.

³ 04 ContestaciónDemandaPdf.

§17. Como fundamentos de defensa invocó los decretos 3135 de 1968, 1848 de 1969, 1045 de 1978, 1160 de 1989, 2709 de 1994 y 3752 del 2003, los artículos 7 de la Ley 71 de 1988, 81 de la Ley 812 de 2003, y las leyes 100 de 1993 como 797 de 2003.

§18. El fondo indicó que “... *En cuanto a la pensión por aportes se tiene que, de conformidad a la normatividad aplicable Art. 7 de la ley 71 de 1988, Decreto 1160 de 1989, Decreto 2709 de 1994, Decreto 3752 del 2003, el derecho le asiste a todo docente que acredite en cualquier tiempo veinte años o más de cotizaciones o aportes continuos o discontinuos en el Instituto de Seguros Sociales y en uno o varias entidades de previsión social del sector público, será equivalente al 75% del promedio de los factores salariales devengados el año anterior al status. No se computará en esta pensión el tiempo laborado en Empresas privadas no afiliadas al Instituto de Seguros Sociales. Para los docentes afiliados al Fondo, ésta es la única pensión que permite computar tiempos cotizados al ISS.*”-sft-

§19. Seguidamente, el FOMAG aseveró que la parte demandante se vinculó después de la vigencia de la Ley 812 de 2003, por lo que se la aplica el régimen de las leyes 100 de 1993 y 797 de 2003. (art. 81 L.812)

§20. Propuso las siguientes excepciones:

§20.1. **Inexistencia de la obligación.** En consideración a que la entidad actuó conforme a derecho.

§20.2. **Legalidad del acto administrativo expedido:** Adujo que el acto demandado ostenta la presunción de legalidad, y la parte accionante no demostró su ilegalidad.

§20.3. **Genérica.**

1.4. Trámite de las excepciones previas y mixtas como la presentación de alegatos

§21. La parte demandante no se pronunció frente a las excepciones.

§22. Por medio de auto del 26 de octubre de 2020 se declaró no probada la excepción de inepta demanda, y se ordenó resolver en sentencia las excepciones de prescripción y falta de legitimación en la causa.

§23. Por auto del 15 de diciembre de 2020 se decretaron las pruebas, donde se asumieron las documentales presentadas por las partes, se cerró dicha etapa y se llamó a las partes a presentar alegatos.

§24. La parte actora y las demandadas presentaron sus alegatos en término. El Ministerio Público no se pronunció⁴.

⁴ 19Exp.pdf

1.5. Alegatos de conclusión

§25. La parte actora y las demandadas presentaron sus alegatos en término. El Ministerio Público no se pronunció⁵

§26. **La parte demandante**⁶ solicitó se concedan las pretensiones, insistiendo que el actor ingresó al servicio docente antes de la vigencia de la Ley 812 de 2003. También asevera que hizo aportes desde el 28 de abril de 1980 hasta el 29 de diciembre de 2004 en el ISS, en forma independiente y como empleado de PROD DE HIL Y TEJ UNICA SA, COLEGIO GENERAL RAFAEL REYES, SOCIEDAD EDUCATIVA GONVELS LTDA. Así mismo, manifestó que: “... así se hubiera vinculado después del año 2003, se le aplicaría el Decreto 1278 de 2002, en cuanto a escalafón Docente y no el Decreto 2277 de 1979, por consiguiente a consideración del actor, esta circunstancia no tiene nada que ver con el régimen pensional de la Ley 812 de 2003 de los docentes que realizaron aportes al ISS y estaban esperando su vinculación al sector público para completar los 20 años de aportes que exige el artículo 7 de la ley 71 de 1988 efectuados antes del 26 de junio del año 2003, a quienes se les debe respetar el régimen anterior a esta disposición normativa.”

§27. **La Nación – Ministerio de Educación – Fondo de Prestaciones Sociales** ⁷ reiteró los argumentos expuestos en la contestación de la demanda.

§28. **Colpensiones**⁸: La administradora solicitó se nieguen las pretensiones, pues el actor se vinculó al servicio educativo estatal después de la vigencia de la Ley 812 de 2003, y por sus condiciones tampoco es beneficiario del régimen de transición de la Ley 100 de 1993. De esta manera se le aplican los artículos 34 y 35 ídem, que permiten la acumulación de aportes en cualquier sistema, lo que vino a reemplazar la acumulación de aportes señalada por la Ley 71 de 1988.

2. Consideraciones

2.1. Competencia

§29. La Sala es competente para decidir conforme al artículo 152 del CPACA.

2.2. De la excepción de falta de legitimación en la causa propuesta por COLPENSIONES

§30. En razón a que en caso de concederse las pretensiones debe determinarse si COLPENSIONES debe asumir alguna responsabilidad parcial en cuanto a aportes o bonos pensionales, se pospondrá la decisión de esta excepción para el estudio de fondo.

⁵ 19Exp.pdf

⁶ 18AlegatosConclusiónDemandante.pdf

⁷ 11AlegatosConclusiónMineducación.pdf

⁸ 25AlegatosConclusiónColpensiones.pdf

2.3. Problemas jurídicos

§31. ¿Tiene derecho el señor Javier Vallejo Román a que se le reconozca pensión de jubilación conforme al artículo 7º de la Ley 71 de 1988?

§32. En caso afirmativo, ¿A qué entidad corresponde reconocer y pagar dicha pensión?

2.4. Lo demostrado en el proceso

§33. El accionante nació el 18 de diciembre de 1958.⁹ De esta manera, a la entrada en vigor de la Ley 100 de 1993, el 1º de abril de 1994, el actor contaba con menos de cuarenta años. Y cumplió 60 años el 18 de diciembre de 2018.

§34. El actor tiene aportes y tiempos de servicios de la siguiente manera: (i) Por 1147,14¹⁰ semanas con aportes hechos como independiente y con empleadores PROD DE HIL Y TEJ UNICA SA, COLEGIO GENERAL RAFAEL REYES y SOCIEDAD EDUCATIVA GONVELS LTDA; y, (ii) como docente oficial desde 07/07/2005 hasta la presentación de la demanda.¹¹

Entidad	Fecha de la prestación		Tiempo de Servicio
PROD DE HIL Y TEJ UN	28/04/1980	25/07/1994	743,14
VALLEJO ROMAN JAVIER	14/09/1994	31/12/1994	15, 57
VALLEJO ROMAN JAVIER	17/01/1995	28/02/1995	8,57
VALLEJO ROMAN JAVIER	1/04/1995	30/06/1995	12,86
VALLEJO ROMAN JAVIER	1/08/1995	31/12/1995	21,43
VALLEJO ROMAN JAVIER	1/01/1996	31/01/1997	55,71
VALLEJO ROMAN JAVIER	1/02/1997	28/02/1997	4,29
JAVIER VALLEJO ROMAN	1/04/1997	31/08/1997	21,43
VALLEJO ROMAN JAVIER	1/09/1997	30/09/1997	0
JAVIER VALLEJO ROMAN	1/10/1997	31/01/1998	17,14
JAVIER VALLEJO ROMAN	1/02/1998	31/03/1998	8,57
JAVIER VALLEJO ROMAN	1/04/1998	30/04/1998	4,29
JAVIER VALLEJO ROMAN	1/05/1998	31/01/1999	38,57
JAVIER VALLEJO ROMAN	1/02/1999	28/02/1999	4,29
COLEGIO MILIRAE GEME	1/03/1999	31/08/1999	25,71
COLEGIO GENERAL RAPA	1/09/1999	30/11/1999	9,71
JAVIER VALLEJO ROMA	1/01/2000	31/01/2000	4,29
JAVIER VALLEJO ROMA	1/02/2000	30/04/2000	12, 86
JAVIER VALLEJO ROMA	1/06/2000	31/07/2000	8,57
SIN RAZON SOCIAL	1/08/2000	31/08/2000	4,29
VALLEJO ROMAN JAVIER	1/09/2000	31/01/2001	21,43
JAVIER VALLEJO ROMAN	1/02/2001	31/03/2001	8,57
JAVIER VALLEJO RAMON	1/04/2001	30/04/2001	4,2 9
SOCIEDAD EDUCATIVA G	1/04/2001	30/04/2001	3, 86
SOCIEDAD EDUCATIVA G	1/05/2001	31/05/2001	2,71

⁹ 01Exp- Pág. 40/55Pdf.

¹⁰ 01Exp- Pág.32 al 37/55Pdf.

¹¹ 01Exp- Pág. 30/55Pdf.

JAVIER VALLEJO ROMA	1/09/2001	30/09/2001	4,29
JAVIER VALLEJO ROMA	1/10/2001	31/10/2001	4,29
JAVIER VALLEJO ROMA	1/11/2001	31/01/2002	12,86
JAVIER VALLEJO ROMA	1/02/2002	1/01/2002	4,29
VALLEJO ROMAN JAVIER	1/03/2002	31/03/2002	0, 14
JAIRÓ VALLEJO ROMAN	1/03/2002	31/03/2002	3,14
JAIRÓ VALLEJO ROMAN	1/04/2002	30/06/2002	12,86
VALLEJO ROMAN JAIRÓ	1/08/2002	31/12/2002	21,43
VALLEJO ROMAN JAIRÓ	1/03/2003	31/03/2003	4,29
VALLEJO ROMAN JAIRÓ	1/05/2003	31/05/2003	4,29
JAIRÓ VALLEJO ROMAN	1/06/2003	31/08/2003	12,86
JORGE HERNAN VALLEJO	1/08/2004	31/08/2004	0
JORGE HERNAN VALLEJO	1/10/2004	31/10/2004	0
JORGE HERNAN VALLEJO	1/12/2004	31/12/2004	4,29
Total			1147,14
DEPARTAMENTO DE CALDAS	07/07/2005	Hasta la fecha de la presentación de la demanda.-	

§35. Es del caso señalar que en los hechos de la demanda ni en el debate probatorio se especificó cuáles fueron labores que realizó el actor en el sector privado.

§36. Mediante Resolución **6302-6 del 9 de junio de 2019**, la Secretaría de Educación de Caldas negó al actor el reconocimiento de la pensión por aportes, radicada bajo el SAC N° 2018PQR3168 el 07 de marzo de 2019.

2.5. Marco normativo y jurisprudencial

2.5.1. La pensión docente y el régimen de transición

§37. Como se verá más adelante, los docentes vinculados antes de la expedición de la Ley 812 de 2003 se rigen por las normas anteriores a la Ley 100 de 1993 para efectos pensionales. Pero aquellos educadores vinculados después de la ley 812 se rigen por la ley 100. Estos últimos pueden ser beneficiarios del régimen de transición de la ley 100, y las normas previas, como el artículo 7° de la Ley 71 de 1988, que prevé la pensión por aportes.

§38. La Ley 33 de 1985 era aplicable a los empleados oficiales de todos los órdenes. En esta norma la pensión ordinaria de jubilación se adquiere por el empleado oficial que haya servido 20 años continuos o discontinuos y tenga 55 años de edad.

§39. Luego, el artículo 15.2 de la Ley 91 de 1989 precisó que para “... *los docentes vinculados a partir del 1 de enero de 1981, nacionales y nacionalizados, y para aquellos que se nombren a partir del 1 de enero de 1990, cuando se cumplan los requisitos de Ley, se reconocerá sólo una pensión de jubilación equivalente al 75% del salario mensual promedio del último año. Estos pensionados gozarán del régimen vigente para los pensionados del sector público nacional.*” De esta manera, los docentes requerían de al menos 20 años al servicio de la docencia oficial para adquirir el derecho a la pensión.

§40. El artículo 6° de la Ley 60 de 1993 dispone: “...*El régimen prestacional aplicable a los actuales docentes nacionales o nacionalizados que se incorporen a las plantas departamentales o distritales sin solución de continuidad y las nuevas vinculaciones,*

será el reconocido por la Ley 91 de 1989, y las prestaciones en ellas reconocidas serán compatibles con pensiones o cualesquiera otras clases de remuneraciones. El personal docente de vinculación departamental, distrital, y municipal será incorporado al Fondo Nacional de Prestaciones del Magisterio y se les respetará el régimen prestacional vigente de la respectiva entidad territorial.”

§41. Como se verá, la Ley 100 de 1993 reguló en su articulado los requisitos para adquirir la pensión por prima media con prestación definida, el régimen de transición y la exclusión de los afiliados al FOMAG de sus normas:

§41.1. El artículo 33 de la Ley 100 de 1993 señala los requisitos para obtener la pensión de vejez, así:

“Artículo 33. Requisitos Para Obtener La Pensión De Vejez. Modificado por el artículo 9 de la Ley 797 de 2003. Para tener el derecho a la Pensión de Vejez, el afiliado deberá reunir las siguientes condiciones:

1. Haber cumplido cincuenta y cinco (55) años de edad si es mujer o sesenta (60) años si es hombre.

A partir del 1o. de enero del año 2014 la edad se incrementará a cincuenta y siete (57) años de edad para la mujer, y sesenta y dos (62) años para el hombre.

2. Haber cotizado un mínimo de mil (1000) semanas en cualquier tiempo.

*A partir del 1o. de enero del año 2005 el número de semanas se incrementará en 50 y a partir del 1o. De enero de 2006 se incrementará en 25 cada año hasta **llegar a 1.300 semanas en el año 2015.***

PARÁGRAFO 1o. Para efectos del cómputo de las semanas a que se refiere el presente artículo, se tendrá en cuenta:

a) El número de semanas cotizadas en cualquiera de los dos regímenes del sistema general de pensiones;

b) El tiempo de servicio como servidores públicos remunerados, incluyendo los tiempos servidos en regímenes exceptuados;

c) El tiempo de servicio como trabajadores vinculados con empleadores que antes de la vigencia de la Ley 100 de 1993 tenían a su cargo el reconocimiento y pago de la pensión, siempre y cuando la vinculación laboral se encontrara vigente o se haya iniciado con posterioridad a la vigencia de la Ley 100 de 1993.

d) El tiempo de servicios como trabajadores vinculados con aquellos empleadores que por omisión no hubieren afiliado al trabajador.

d) El tiempo de servicios como trabajadores vinculados con aquellos empleadores que por omisión no hubieren afiliado al trabajador.

e) El número de semanas cotizadas a cajas previsionales del sector privado que antes de la Ley 100 de 1993 tuviesen a su cargo el reconocimiento y pago de la pensión.

En los casos previstos en los literales b), c), d) y e), el cómputo será procedente siempre y cuando el empleador o la caja, según el caso, trasladen, con base en el cálculo actuarial, la suma correspondiente del trabajador que se afilie, a satisfacción de la entidad administradora, el cual estará representado por un bono o título pensional.

(...)

PARÁGRAFO 3o. <Ver Notas del Editor> <**Parágrafo CONDICIONALMENTE EXEQUIBLE**> Se considera justa causa para dar por terminado el contrato de trabajo o la relación legal o reglamentaria, que el trabajador del sector privado o servidor público cumpla con los requisitos establecidos en este artículo para tener derecho a la pensión. El empleador podrá dar por terminado el contrato de trabajo o la relación legal o reglamentaria, cuando sea reconocida o notificada la pensión por parte de las administradoras del sistema general de pensiones.

Transcurridos treinta (30) días después de que el trabajador o servidor público cumpla con los requisitos establecidos en este artículo para tener derecho a la pensión, si este no la solicita, el empleador podrá solicitar el reconocimiento de la misma en nombre de aquel.

Lo dispuesto en este artículo rige para todos los trabajadores o servidores públicos afiliados al sistema general de pensiones. **(Negrillas y subrayas fuera de texto original)**

§41.2. En cuanto a que la concesión de la pensión sea una justa causa para el despido, la sentencia C-1037 de 2003 la estimó condicionalmente exequible, “... siempre y cuando además de la notificación del reconocimiento de la pensión no se pueda dar por terminada la relación laboral sin que se le notifique debidamente su inclusión en la nómina de pensionados correspondiente.”

§41.3. En el artículo 36 estipuló como régimen de transición que “La edad para acceder a la pensión de vejez, el tiempo de servicio o el número de semanas cotizadas, y el monto de la pensión de vejez de las personas que al momento de entrar en vigencia el Sistema **tengan treinta y cinco (35) o más años de edad si son mujeres o cuarenta (40) o más años de edad si son hombres, o quince (15) o mas años de servicios cotizados, será la establecida en el régimen anterior al cual se encuentren afiliados.** Las demás condiciones y requisitos aplicables a estas personas para acceder a la pensión de vejez, se regirán por las disposiciones contenidas en la presente Ley.”-sft-

§41.4. La entrada en vigor en el nivel nacional fue el 1º de abril de 1994 y en el nivel territorial en la fecha que dispusiera la respectiva autoridad y, en todo caso, no más allá del 30 de junio de 1995. (art. 155 L.100/1993)

§41.5. El inciso 2º del artículo 279 excluyó a los docentes del Sistema Integral de Seguridad Social: “Así mismo, se exceptúan a los afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, creado por la Ley 91 de 1989, cuyas prestaciones a cargo serán compatibles con pensiones o cualquier clase de remuneración...”. Por lo que cabe concluir que la pensión de los educadores seguía sometida al régimen legal de la Ley 33 de 1985.

§42. El artículo 115 de la Ley 115 de 1994, que contiene la Ley General de Educación, señaló que “El régimen prestacional de los educadores estatales es el establecido en la Ley 91 de 1989, en la ley 60 de 1993 y en la presente ley.”

§43. Sin embargo, el artículo 81 de la Ley 812 de 2003¹² señaló que los maestros que se vinculen a partir de su vigencia, se les aplicará el régimen pensional de la Ley 100 de 1993.

§44. El párrafo transitorio 1º del Acto legislativo 01 de 2005 determinó sobre los docentes vinculados antes de la ley 812, que: “... *“El régimen pensional de los docentes nacionales, nacionalizados y territoriales, vinculados al servicio público educativo oficial es el establecido para el Magisterio en las disposiciones legales vigentes con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 812 de 2003, y lo preceptuado en el artículo 81 de esta.”*

§45. La Sección Segunda del Honorable Consejo de Estado en providencia de unificación SUJ-014-CE –S2-2019 del 25 de abril de 2019, sentó jurisprudencia señalando que las pensiones docentes regidas por las normas anteriores a la ley 812, se liquidan con los factores salariales devengados durante el último año de servicios, previstos en la Ley 62 de 1985:

“72. De acuerdo con el párrafo transitorio 1 del Acto Legislativo 01 de 2005, en concordancia con lo dispuesto en el artículo 81 de la Ley 812 de 2003, son dos los regímenes prestacionales que regulan el derecho a la pensión de jubilación y/o vejez para los docentes nacionales, nacionalizados y territoriales, vinculados al servicio público educativo oficial. La aplicación de cada uno de estos regímenes está condicionada a la fecha de ingreso o vinculación al servicio educativo oficial de cada docente, y se deben tener en cuenta las siguientes reglas:

a. En la liquidación de la pensión ordinaria de jubilación de los docentes vinculados antes de la vigencia de la Ley 812 de 2003, que gozan del mismo régimen de pensión ordinaria de jubilación para los servidores públicos del orden nacional previsto en la Ley 33 de 1985, los factores que se deben tener en cuenta son solo aquellos sobre los que se hayan efectuado los respectivos aportes de acuerdo con el artículo 1º de la Ley 62 de 1985, y por lo tanto, no se puede incluir ningún factor diferente a los enlistados en el mencionado artículo.

b. Los docentes vinculados a partir de la entrada en vigencia de la Ley 812 de 2003, afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, les aplica el régimen pensional de prima media establecido en las Leyes 100 de 1993 y 797 de 2003, con los requisitos previstos en dicho régimen, con excepción de la edad que será de 57 años para hombres y mujeres. Los factores que se deben incluir en el ingreso base de liquidación son los previstos en el Decreto 1158 de 1994 sobre los que se efectuaron las respectivas cotizaciones.”-sft

¹² Los docentes que se vinculen a partir de la entrada en vigencia de la presente ley, serán afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y tendrán los derechos pensionales del régimen pensional de prima media establecido en las Leyes 100 de 1993 y 797 de 2003, con los requisitos previstos en él, con excepción de la edad de pensión de vejez que será de 57 años para hombres y mujeres.

§46. Por su parte, la Corte Constitucional en sentencia C-786 de 2014¹³ aclaró que la Ley 71 de 1988 **se aplica al régimen de transición del artículo 36 de la Ley 100 de 1993:**

*“La Sala constata que el artículo 7° (parcial) de la Ley 71 de 1988 demandado se encuentra vigente y produciendo efectos jurídicos **en virtud del Régimen de Transición contemplado en el art. 36 de la Ley 100 de 1993** y lo preceptuado por el Acto Legislativo 01 del año 2005.*

Así, al entrar en vigencia la Ley 100 de 1993 se estableció un régimen de transición en su art. 36, en el cual se respetan los derechos adquiridos y los conceptos de edad, tiempo de servicio y monto del régimen que vinieran cotizando las personas quienes al 1° de abril de 1994 contaran con alguno de los dos requisitos de edad o de tiempo que se contemplan en dicha normativa.

En este sentido, la jurisprudencia de esta Corporación ha aclarado que dentro de los regímenes pensionales que regulaban el reconocimiento de la pensión de vejez antes de la ley 100 de 1993 y que quedan cobijados dentro del régimen de transición, se encuentra "(iii) la Ley 71 de 1988, que permitía la acumulación de tiempos laborados en entidades públicas, así como las sufragadas al ISS por parte de empleadores privados"¹⁴.

§47. El Acto Legislativo 01 de 2005¹⁵, en el artículo 1°, párrafo transitorio 4°, estableció que el régimen de transición de la ley 100 expiró el 31 de julio de 2010. Solo se conservó hasta el 31 de diciembre de 2014, para quienes acrediten 750 semanas cotizadas el 25 de julio de 2005, fecha de entrada en vigor del acto legislativo.:

“El régimen de transición establecido en la Ley 100 de 1993 y demás normas que desarrollen dicho régimen, no podrá extenderse más allá del 31 de julio de 2010; excepto para los trabajadores que estando en dicho régimen, además, tengan cotizadas al menos 750 semanas o su equivalente en tiempo de servicios a la entrada en vigencia del presente Acto Legislativo, a los cuales se les mantendrá dicho régimen hasta el año 2014.

Los requisitos y beneficios pensionales para las personas cobijadas por este régimen serán los exigidos por el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 y demás normas que desarrollen dicho régimen".

§48. Como lo expresó este Tribunal en sentencia del 5 de febrero de 2021¹⁶ con ponencia del Doctor Dohor Edwin Varón Vivas, **en el caso de docentes vinculados después de la vigencia de la Ley 812 de 2003:** “... para establecer si le es aplicable o no la Ley 71 de 1988 que le permite computar el tiempo servido en el sector público con el tiempo cotizado en el ISS, es necesario determinar si la demandante es

¹³ Luis Ernesto Vargas Silva

¹⁴ Sentencia C-405 de 2011

¹⁵ Acto Legislativo 01 de 2005 (julio 22) “por el cual se adiciona el artículo 48 de la Constitución Política”. // Artículo 2°. “El presente acto legislativo rige a partir de la fecha de su publicación.” Fue publicado el 25 de julio de 2005 en el Diario Oficial 45980.

¹⁶ 17001233300020200022300

beneficiaria del régimen de transición establecido en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993; pues de lo contrario, deberá acudirse íntegramente a ésta última norma...”

2.5.2. Caso concreto

§49. La demanda solicita que se conceda la pensión por aportes regida por el artículo 7º de la Ley 71 de 1988, equivalente al 75% de los ingresos, por completar 1000 semanas de aportes y 60 años de edad.

§50. El demandante acumuló las siguientes semanas de aportes y servicios: (i) ante el ISS del 28 de abril de 1980 al 29 de diciembre de 2004, registrando un total de 1147; y, ii) en el sector público educativo desde el 18 de julio de 2005 al 7 de marzo de 2019, el equivalente a 13 años, 7 meses y 17 días, o 711,43 semanas.¹⁷

§51. El accionante se vinculó como docente desde el 7 de julio de 2005 en el sector público, posterior a la vigencia de la Ley 812 de 2003, por lo que no le es aplicable la normatividad que rige para los docentes vinculados con anterioridad a dicha ley.

§52. El actor nació el 18 de diciembre de 1958. De esta manera, a la entrada en vigor de la Ley 100 de 1993, el 1º de abril de 1994, contaba con menos de cuarenta años. Además, acumuló solo 13 años, 11 meses y 4 días de servicios aportados en PROD DE HIL Y TEJ UN.

§53. De esta manera, el demandante no es beneficiario del régimen de transición del artículo 36 de la Ley 100 de 1993.

§54. En consecuencia, no puede ser amparado por la pensión por aportes regulada por el artículo 7º de la Ley 71 de 1988 y el 2709 de 1994.

§55. Por lo tanto, para el reconocimiento de su pensión de vejez, debe acudirse íntegramente al régimen de prima media establecido en las Leyes 100 de 1993 y 797 de 2003.

§56. Con fundamento en lo anterior, se declarará probada la excepción de *“Inexistencia de la obligación”* formulada por la demandada y se negarán las pretensiones de la demandante.

§57. Al ser resuelto de manera negativa el primer problema jurídico, por sustracción de materia se torna innecesario el pronunciamiento frente a los problemas subsiguientes.

2.5.3. Costas

§58. De acuerdo con el artículo 47 de la Ley 2080 de 2021, como la demanda fue presentada con fundamento legal, no se condenará en costas a la parte demandante.

¹⁷ 01DemandaAnexos

§59. Con fundamento en lo expuesto, la Sala Sexta de Decisión del Honorable Tribunal Administrativo de Caldas, administrando Justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

SENTENCIA

PRIMERO: DECLARAR probada la excepción de “*Inexistencia de la obligación*” formulada por la Nación, Ministerio de Educación Nacional, Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

SEGUNDO: NEGAR las pretensiones formuladas por el señor **Javier Vallejo Román** en contra de **Nación – Ministerio de Educación Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y Colpensiones**

TERCERO: No se condena en costas.

CUARTO: NOTIFÍQUESE conforme lo dispone el artículo 203 del CPACA.

Notifíquese y Cúmplase

Los Magistrados



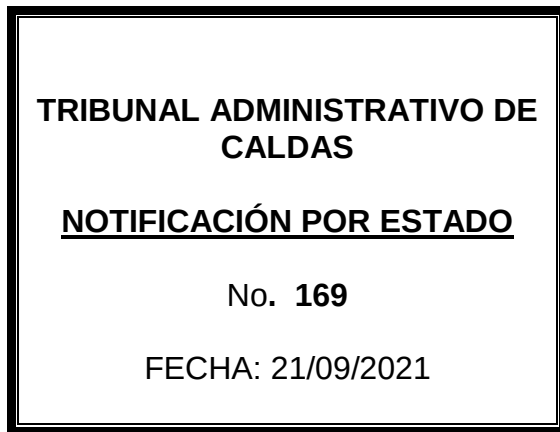
PUBLIO MARTÍN ANDRÉS PATIÑO MEJÍA



CARLOS MANUEL ZAPATA JAIMES
Magistrado



PATRICIA VARELA CIFUENTES
Magistrada



Firmado Por:

Publio Martin Andres Patiño Mejia

Magistrado

Mixto 006

Tribunal Administrativo De Manizales - Caldas

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica, conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

Código de verificación:

56be6fb44aa0ce5ea33ded59c4f8841b24a8a6bd67d84defcfbb7e1d39e3d254

Documento generado en 20/09/2021 11:02:00 AM

Valide este documento electrónico en la siguiente URL:

<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>

**REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL
HONORABLE TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS**

**Sala Sexta de Decisión
Magistrado Ponente: Publio Martín Andrés Patiño Mejía**

Sentencia de Segunda Instancia

Acción: Nulidad y Restablecimiento del Derecho – Laboral
Demandante: William Ortiz Toro
Demandado: Caja de Sueldos de Retiro de la Policía Nacional -CASUR
Radicado: 17 001 3339006-2019-00416-02
Acto judicial: Sentencia 097

Manizales, veinte (20) de septiembre de dos mil veintiuno (2021).

Proyecto discutido y aprobado en Sala de la presente fecha.

Asunto

§01. **Síntesis:** La parte actora, policía del nivel ejecutivo, solicita se le reliquide la **asignación de retiro** y se incluya el subsidio familiar con inclusión del 9% del salario por su grupo familiar, según el régimen anterior de los decretos 1212 y 1213 de 1990. El juzgado negó las pretensiones porque no puede escindirse los dos regímenes al no existir una desmejora del régimen salarial del actor. La sala confirma la sentencia.

§02. La Sala dicta sentencia de segunda instancia en el medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho interpuesto por el señor William Ortiz Toro, demandante, contra Caja de sueldo de Retiro de la Policía Nacional -CASUR-, demandada. El objeto es decidir la apelación interpuesta por la parte demandante contra la sentencia proferida el 15 de septiembre de 2020, por la Señoría del Juzgado Sexto Administrativo del Circuito de Manizales, que negó las pretensiones.

1. Antecedentes

1.1. La demanda que pretende que, a la parte demandante, que pertenece al nivel ejecutivo de la policía, se le aplique la prima de subsidio familiar en los porcentajes que se aplica a quienes no están en dicho nivel ejecutivo

§03. El actor pretende:

§03.1. Se inapliquen por inconstitucionales y no convencionales los siguientes artículos: 15, 49 del Decreto 1091 de 1995, 23 del Decreto 4433 de 2004 y 3º del Decreto 1858 de 2012.

§03.2. La nulidad del oficio E-0001-201911245 CASUR ID: 432742 del 13 de mayo de 2019 de la Policía Nacional, que negó la reliquidación de **la asignación de retiro**, incluyendo el subsidio familiar en un 9% del salario básico por concepto de sus hijos.

§04. En los hechos de la demanda indicó que el actor ingresó a la entidad en el año 1997 en cuando estaba en aplicación el Decreto 1091 de 1995.

§05. Elevó petición para que se incremente su **asignación de retiro** con el factor subsidio familiar que se le reconoce a los demás uniformados de la institución, la cual fue negada por la demandada por el oficio **E-0001-201911245 CASUR ID: 432742 del 13 de mayo de 2019**.

§06. Invocó como normas violadas los decretos 118 de 1957, 41 de 1994, 262 de 1994, 1029 de 1994, 132 de 1995, 1091 de 1995 y la Ley 21 de 1982.

§07. Como concepto de la violación, se expusieron los siguientes argumentos:

§07.1. Se hace una sinopsis histórica de la creación del subsidio familiar, creado para la protección de núcleo familiar. (D. 118/1957, L. 21/1982, Sent. T-942/2014).

§07.2. El artículo 13 de la Ley 21 de 1982 señaló que se continuaría pagando el subsidio familiar a los miembros de los sectores defensa, militar y policía. Para esa época el subsidio familiar para los oficiales, suboficiales y agentes era un porcentaje del salario: 30% para la esposa y hasta 17% para cada hijo. (decretos: 609/1977, 613/1977, 2062/1984, 2062/1984/, 96/1989, 97/1989, 1212/1990, 1213/1990).

§07.3. Los decretos 1212 y 1213 de 1990 reformaron la estructura de la policía y se creó el *nivel ejecutivo*, y a partir del Decreto 122 del 23 de enero de 1997 el subsidio familiar se establece para este nivel por decretos anuales, en una suma fija en dinero por persona a cargo, sin distinción del cargo, grado o función del miembro de la policía.

§07.4. De esta manera, el pago con suma fija del subsidio familiar desmejora los derechos de la familia, de los niños y adolescentes, lo que se configura en causal de nulidad por violación del derecho nacional e internacional a la protección y no discriminación de los menores, como por la transgresión del principio de progresividad y prohibición de retroceso (arts. 44, 45 CP, L.1098/2006, 2, 10 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, 17 de la Convención Interamericana de Derechos Humanos, Convención de los derechos del niño)

§07.5. Al efecto la parte demandante allegó pronunciamientos de: (i) la Corte Constitucional acerca de la inconstitucionalidad de la progresividad del pago del parafiscal del subsidio familiar para empleados de pequeñas empresas que estipulaba el parágrafo del artículo 5º de la Ley 1429 de 2010 (Sent. C-629/2011); (ii) el Consejo de Estado en cuanto al reconocimiento del subsidio familiar en la asignación de retiro de oficiales y suboficiales de las Fuerzas Militares, y que no se reconocía a los soldados profesionales.

1.2. CASUR contestó la demanda señalando que no se puede aplicar al actor un régimen salarial diferente al que le corresponde al nivel ejecutivo (fl. 023 c1)

§08. Se opuso a las pretensiones, y admitió los hechos acerca de la vinculación del actor y la expedición del acto demandado.

§09. La entidad expuso como argumentos de defensa que el actor desde su comienzo ingresó al nivel ejecutivo de la policía, por lo que su estatus salarial y prestacional rige por lo normado en los artículos 29 del Decreto 1095 de 1995, 23 del Decreto 4433 de 2004 y 1858 de 2012, los cuales no prevén el subsidio familiar como factor para la asignación de retiro.

§10. Propuso los siguientes medios exceptivos:

§10.1. **Inexistencia del Derecho:** El actor adquirió el derecho a la asignación de retiro, en vigencia del Decreto 4433 de 2004, el cual no contempla el subsidio familiar como factor para la asignación de retiro.

§10.2. **Incorrecta interpretación del principio de oscilación:** Este principio se aplica respecto al salario básico y a los factores salariales.

§10.3. **Indebida escogencia de la acción:** el actor debió iniciar una acción de inconstitucionalidad ante la autoridad competente.

§10.4. **Falta de fundamento jurídico para las pretensiones:** El actor como miembro del nivel ejecutivo, no puede pretender que se aplique las normas pertinentes de los oficiales, suboficiales y agentes del régimen anterior.

1.3. La sentencia apelada

§11. La providencia negó las pretensiones en los términos que pasan a relacionarse:

“PRIMERO: DECLÁRASE PROBADA las excepciones de ‘INEXISTENCIA DEL DERECHO’ y ‘FALTA DE FUNDAMENTO JURÍDICO DE LAS PRETENSIONES’ propuestas por la CAJA DE SUELDOS DE RETIRO DE LA POLICIA NACIONAL.

SEGUNDO: NIÉGUENSE las pretensiones de NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO formuladas por el señor WILLIAM ORTIZ TORO contra LA CAJA DE SUELDOS DE RETIRO DE LA POLICIA NACIONAL - CASUR.

TECERO: CONDÉNASE EN COSTAS a la parte actora y a favor de la CAJA DE SUELDOS DE RETIRO DE LA POLICÍA NACIONAL, cuya

liquidación se hará en la forma dispuesta en el artículo 366 del Código General del Proceso. FÍJASE por concepto de agencias en derecho, también a cargo de la parte accionante y a favor de la entidad demandada, la suma de CIENTO NOVENTA Y CINCO MIL pesos (\$195.000).”

§12. Una vez expuestos los fundamentos fácticos y jurídicos de la demanda y la contestación, determinó como problema jurídico el siguiente:

¿Adolece de nulidad del acto administrativo demandado, por medio del cual la Caja de Sueldos de Retiro de la Policía Nacional, le negó al accionante la reliquidación de la Asignación de Retiro con la Inclusión del Subsidio Familiar como partida computable?

En caso afirmativo,

¿Le asiste el derecho a la parte accionante a que se reliquide su asignación de retiro teniendo como partida computable el subsidio familiar?

¿Se configura la prescripción de los derechos laborales periódicos?

§13. El Juzgado analizó que quienes como miembros activos de la policía ingresaron al nivel ejecutivo deben seguir disfrutando del régimen que gozaban anteriormente; pero aquellos que ingresaron directamente al nivel ejecutivo se regulan por el régimen salarial y prestacional de dicho nivel.

§14. Como el actor ingresó a la policía en 2007, su régimen salarial se regula íntegramente por el nivel ejecutivo, y de esta forma, los regímenes salariales no pueden escindirse en su favor, por lo que el juzgado negó las pretensiones de la demanda.

1.4. La apelación de la parte demandante

§15. La parte demandante presentó el recurso de apelación con los siguientes argumentos:

§16. El actor tiene derecho a las pretensiones, conforme al test integrado de igualdad, sobre los siguientes parámetros: (i) son comparables las familias de los miembros de la policía que están en el nivel ejecutivo y quienes no están en ese nivel; (ii) conforme al nivel leve de intensidad de igualdad, se evidencia un trato diferenciado entre las familias, sin justificación constitucionalmente válida.

§17. Es viable la combinación de regímenes salariales y prestacionales, porque en un juicio de ponderación, el principio de aplicación inescindible de las normas debe ceder a los derechos fundamentales de igualdad, del menor y la familia.

§18. Como las familias son las directamente afectadas en sus derechos, la sentencia no puede señalar que el régimen salarial del demandante es mejor que el régimen de los demás miembros de la policía.

§19. Aunque el actor ingresó voluntariamente al nivel ejecutivo, esto no implica la renuncia a sus derechos fundamentales irrenunciables, aunque sea un oficial y sin importar si su ingreso se puede calificar como alto.

§20. La sentencia del Consejo de Estado en la que se apoyó el juzgado se fundamentó en el principio de la sostenibilidad fiscal, pero esto no puede justificar la trasgresión de los derechos fundamentales del actor.

§21. Que no se requiere la interposición de la acción de nulidad simple contra los decretos que fijaron el subsidio familiar para el nivel ejecutivo.

§22. Se opuso a la supuesta condena en costas que habría impuesto el juzgado.

1.5. Actuación segunda instancia y alegatos

§23. Mediante auto del 09 de marzo de 2021. Se admitió el recurso de apelación interpuesto y se ordenó correr traslado de alegatos a las partes y al Ministerio Público.

§24. CASUR, presentó alegatos, el demandante y Ministerio público no se pronunciaron.

§25. CASUR, expuso que no le asiste razón al demandante en tanto el Consejo de Estado ha sido enfático en señalar que en materia prestacional impera el principio de inescindibilidad normativa, según el cual, no es viable tomar fragmentos de una y otra norma que le resulten beneficioso al demandante, siendo necesario dar aplicación de manera íntegra solo a una de ellas.

2. Consideraciones

2.1 Competencia

§26. Corresponde a la Sala decidir el recurso de apelación, conforma al artículo 153 del CPACA.

2.2. Problema Jurídico

§27. Se tendrán en cuenta los argumentos de la apelación que tienen relación con la sentencia expedida, debido a que el apelante señala aspectos que no fueron tocados por el juzgado, como: la consideración que el actor fuera oficial siendo suboficial, no se impuso condena en costas, no se mencionó el principio de sostenibilidad fiscal, ni que el accionante debía presentar la acción de nulidad simple.

§28. *El problema jurídico se formula como: ¿Es procedente reajustar la asignación de retiro del demandante, perteneciente al nivel ejecutivo, teniendo en cuenta el subsidio familiar, conforme lo establecido en los Decretos 1212 y 1213 de 1990?*

2.3. Lo demostrado en el proceso

§29. De acuerdo a la hoja de servicios, el señor William Ortiz Toro, Sargento viceprimero (r), tuvo como tiempo de servicios del **12/02/1996** al **13/05/ 2013**, con un tiempo de servicios de 22 años, 6 meses y 27 días discriminados así.

- Alumno Nivel Ejecutivo Resolución 001 del **12 /02/1996** al **31/ 01/1997**
- Nivel Ejecutivo Resolución 00243 del **31/01/1997 al 13/02/2013**.
- Alta tres meses Resolución 00357 del 13/02/2013 al 13/05/2013

§30. Por la **Resolución 2560 del 7 de mayo de 2018** expedida por CASUR se reconoció la asignación de retiro al demandante.

§31. El 20 de marzo de 2019 la parte demandante solicitó a CASUR el reajuste a la asignación mensual de retiro, con la inclusión del subsidio familiar.

§32. Mediante la **Resolución E 000001— 201911245-CASUR Id: 432742, del 13 de mayo del año 2019** la demandada negó la solicitud.

§33. El demandante allegó certificado de nacimiento de dos menores hijos.¹

2.4. Régimen de asignaciones y prestaciones del personal del Nivel Ejecutivo de la Policía Nacional

§34. El Gobierno Nacional expidió el Decreto 132 del 13 de enero de 1995, por el cual se desarrolló la carrera profesional del nivel ejecutivo de la Policía Nacional, así:

“ARTÍCULO 13. INGRESO DE AGENTES AL NIVEL EJECUTIVO. Podrán ingresar al primer grado del Nivel Ejecutivo de la Policía Nacional, los agentes en servicio activo siempre y cuando reúnan los siguientes requisitos:

(...)

PARÁGRAFO 1°. Los agentes en servicio activo que no sean bachilleres, tendrán plazo de tres (3) años contados a partir de la vigencia del presente decreto, para acreditar este requisito, o en su defecto, deberán adelantar y aprobar un curso de nivelación académica de acuerdo con reglamentación que expida la Dirección General de la Policía Nacional.

PARÁGRAFO 2°. Los agentes que al momento de ingresar al Nivel Ejecutivo de la Policía Nacional, hayan cumplido ocho (8) o más años de servicio activo como tales, ingresarán al grado de Subintendente, sin perjuicio de los requisitos exigidos en los numerales 1°, 2°, y 3° de este artículo.

ARTÍCULO 15. RÉGIMEN SALARIAL Y PRESTACIONAL DEL PERSONAL DEL NIVEL EJECUTIVO. El personal que ingrese al Nivel Ejecutivo de la Policía Nacional, se someterá al régimen salarial y prestacional determinado en las disposiciones que sobre salarios y prestaciones dicte el Gobierno Nacional.

¹ Archivo 08 del expediente

ARTÍCULO 82. INGRESO AL NIVEL EJECUTIVO. El ingreso al Nivel Ejecutivo de la Policía Nacional no podrá discriminar, ni desmejorar, en ningún aspecto la situación de quienes están al servicio de la Policía Nacional.” -sft-

§35. Posteriormente el Gobierno Nacional expidió el Decreto 1091 de 1995, por el cual se expide el Régimen de Asignaciones y Prestaciones para el personal del Nivel Ejecutivo de la Policía Nacional que en cuanto al subsidio familiar para el personal del nivel ejecutivo señaló:

Artículo 15. Definición. El subsidio familiar es una prestación social pagadera en dinero, especie y servicios al personal del nivel ejecutivo de la Policía Nacional en servicio activo, en proporción al número de personas a cargo y de acuerdo a su remuneración mensual, con el fin de disminuir las cargas económicas que representa el sostenimiento de la familia. Esta prestación estará a cargo del Instituto para la Seguridad Social y Bienestar de la Policía Nacional.

Parágrafo. El subsidio familiar no es salario, ni se computa como factor del mismo en ningún caso.

Artículo 16. Pago en dinero del subsidio familiar. El subsidio familiar se pagará al personal del nivel ejecutivo de la Policía Nacional en servicio activo. El Gobierno Nacional determinará la cuantía del subsidio por persona a cargo.

Artículo 17. De las personas a cargo. Darán derecho al subsidio familiar las personas a cargo del personal del nivel ejecutivo de la Policía Nacional en servicio activo, que a continuación se enumeran:

- a. Los hijos legítimos, extramatrimoniales, adoptivos e hijastros menores de doce (12) años.*
- b. Los hijos legítimos, extramatrimoniales, adoptivos e hijastros mayores de doce (12) años y menores de veintitrés (23) años, que acrediten estar adelantando estudios primarios, secundarios y post-secundarios en establecimientos docentes oficialmente aprobados.*
- c. Los hermanos huérfanos de padre menores de dieciocho (18) años.*
- d. Los hijos y hermanos huérfanos de padre que sean inválidos o de capacidad física disminuida, que hayan perdido más del 60% de su capacidad normal de trabajo.*
- e. Los padres mayores de sesenta (60) años, siempre y cuando no reciban salario, renta o pensión alguna.*

Para efecto del pago del subsidio se consideran personas a cargo las enumeradas, cuando convivan y dependan económicamente del personal del nivel ejecutivo y se hallen dentro de las condiciones aquí estipuladas.

Artículo 18. Reconocimiento del subsidio familiar. La Junta Directiva del Instituto para la Seguridad Social y Bienestar de la Policía Nacional reglamentará el reconocimiento y pago del Subsidio Familiar.

Artículo 19. Extinción del subsidio familiar. El subsidio familiar dejará de ser percibido por el personal del nivel ejecutivo de la Policía Nacional en servicio activo, en los siguientes casos:

- a) Por muerte de la persona a cargo;*
- b) Por independencia económica;*
- c) Por incumplimiento de los requisitos establecidos para su reconocimiento y pago;*
- d) Por constitución de familia por vínculo natural o jurídico;*
- e) Por cumplir la edad límite.*

Artículo 20. Novedades de personas a cargo. El personal del nivel ejecutivo de la Policía Nacional en servicio activo, deberá informar al Instituto para la Seguridad Social y Bienestar de la Policía Nacional por conducto de la Dirección General de la Policía, los nacimientos o

muertes del personal a cargo, el término de la convivencia y cualquier otro hecho que determine modificaciones en la cuantía del subsidio, dentro del mes siguiente en que cualquiera de dichos eventos ocurra.

Artículo 21. Prohibición pago doble subsidio familiar. En ningún caso habrá lugar al reconocimiento de doble subsidio familiar. Cuando el cónyuge o compañero(a) permanente del miembro del nivel ejecutivo, preste sus servicios en el Ministerio de Defensa o en la Policía Nacional, el subsidio familiar se reconocerá al que perciba mayor sueldo básico: si éste fuere igual, recibirá el subsidio quien acredite mayor tiempo de servicio.

El miembro del nivel ejecutivo cuyo cónyuge o compañero (a) permanente, preste servicio en otra entidad oficial, para tener derecho al subsidio familiar, deberá acreditar que su cónyuge o compañero(a) ha renunciado a dicha prestación en la entidad donde trabaja, mediante certificación expedida por esta última.

2.5. Derecho a la igualdad entre miembros del nivel ejecutivo y oficiales, suboficiales y agentes de la Policía Nacional

§36. El Consejo de Estado en sentencia del 25 de noviembre de 2019² refiriéndose a la nulidad propuesta contra algunos artículos de los decretos reglamentarios 1029 de 1994, 1091 de 1995, 4433 de 2004 y 1858 de 2012, referentes entre otros al subsidio familiar, señaló:

“106. Ahora bien, al estudiar el régimen prestacional de los Oficiales, Suboficiales, Agentes frente al personal ejecutivo de la Policía Nacional, encuentra la Sala que sus miembros no se les reconocen los mismos emolumentos. Sobre el particular, se tiene:

DECRETO 1212 DE 1990	DECRETO 1213 DE 1990	DECRETO 1091 DE 1995
... SUBSIDIO FAMILIAR		
Art. 82 “A partir de la vigencia del presente Decreto los Oficiales y Suboficiales de la Policía Nacional, en servicio activo, tendrán derecho al pago de un subsidio familiar que se liquidará mensualmente sobre el sueldo básico, así: a. Casados el treinta por ciento (30%), más los porcentajes a que se tenga derecho conforme al literal c. de este artículo. b. Viudos, con hijos habidos dentro del matrimonio por los que exista el derecho a devengarlos, el treinta por ciento (30%), más los porcentajes de que trata el literal c. Del presente artículo. c. Por el primer hijo el cinco por ciento (5%) y un cuatro por	Art. 46 “A partir de la vigencia del presente Decreto, los Agentes de la Policía Nacional en servicio activo, tendrán derecho al pago de un subsidio familiar que se liquidará mensualmente sobre el sueldo básico, así: a. Casados el treinta por ciento (30%), más los porcentajes a que se tenga derecho conforme al literal c. de este artículo. b. Viudos, con hijos habidos dentro del matrimonio por los que exista el derecho a devengarlos, el treinta por ciento (30%), más los porcentajes de que trata el literal c. del presente artículo. c. Por el primer hijo el cinco por ciento (5%) y un cuatro	Art. 16 “Pago en dinero del subsidio familiar. “El subsidio familiar se pagará al personal del nivel ejecutivo de la Policía Nacional en servicio activo. El Gobierno Nacional determinará la cuantía del subsidio por persona a cargo.”

² Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda, Subsección B. C.P. Sandra Lisset Ibarra Vélez. sentencia de 25 de noviembre de 2019, expedientes: 110010325000201400186-00 (0444-2014) y 110010325000201401554-00 (5008-2014).

ciento (4%) por cada uno de los demás, sin que se sobrepase por este concepto del diecisiete por ciento (17%)."	por ciento (4%) por cada uno de los demás sin que se sobrepase por este concepto del diecisiete por ciento (17%). (...)"	

107. Del cuadro comparativo expuesto, observa la Sala lo siguiente:

...

- **Los decretos que regulan a los Oficiales, Suboficiales y Agentes señalan la forma de liquidar el subsidio familiar, sobre el sueldo básico. Mientras que para los miembros del Nivel Ejecutivo se indica que será el Gobierno Nacional quien determinará la cuantía del subsidio.**

108. En este sentir, se tiene que esta Corporación ha sostenido en reiteradas oportunidades,² que si bien el régimen del Nivel Ejecutivo no contempla el pago de las primas de actividad y antigüedad, ni del subsidio familiar con carácter salarial, no se generó una desmejora de las condiciones laborales de los agentes y suboficiales que se acogieron a la homologación. Es así como, en sentencia de 15 de marzo de 2018,³ esta Subsección señaló:

«En efecto, si bien en el régimen salarial y prestacional del Nivel Ejecutivo no se contemplaron las primas de actividad y antigüedad, entre otras, **y el monto del subsidio familiar fue reducido; no obstante, ello, de por sí, no implica que el régimen al que se acogió le haya sido desfavorable, pues la comparación entre uno y otro no se puede hacer en forma aislada ni fraccionada respecto de cada uno de los factores prestacionales**, bonificaciones o auxilios, sino que es necesario verificar la existencia de una desmejora en la generalidad de componentes que integran su remuneración, dentro de la cual está incluida la asignación básica mensual que fue el principal elemento diferencial entre uno y otro régimen, y el motivo por el cual los agentes y suboficiales de la Institución se acogieron a la homologación.

En otras palabras, este desmejoramiento no puede mirarse aisladamente o factor por factor, pues ello permitiría la posibilidad de crear, sin competencia para el efecto, un tercer régimen, compuesto por aquellos elementos más favorables de cada uno de las normativas en estudio (en este caso, el de los Suboficiales - Decreto 1212 de 1990, por un lado; y, el del Nivel Ejecutivo - Decreto 1091 de 1995, por el otro).

Además en virtud del principio de inescindibilidad, la favorabilidad del Nivel Ejecutivo a la que se acogió libremente el demandante debe aplicarse en su integridad, pues es posible que en la nueva normativa (Decreto 1091 de 1995) existan ventajas no estipuladas mientras ostentó la condición de Suboficial y que, a su turno, se hayan eliminado otras, pese a lo cual su condición de integrante del Nivel Ejecutivo le haya permitido, incluso, mejorar sus condiciones salariales y prestacionales.

...

“110. De acuerdo con lo expuesto, se concluye que **no se presentó una «regresión» en materia laboral respecto de los miembros del Nivel Ejecutivo de la Policía Nacional, toda vez que desde su creación, cuenta con un régimen salarial y prestacional propio. En tal medida no se da un desconocimiento de los principios de favorabilidad, condición más beneficiosa y progresividad**, pues atendiendo al principio de inescindibilidad, no podía el Gobierno Nacional tomar los aspectos favorables de cada régimen para su creación. Ello cobra especial importancia respecto del personal homologado, quienes pese a que recibían unos emolumentos que al cambiarse de grado desaparecieron o cambiaron su carácter salarial, mejoraron sus condiciones salariales en atención a otras ventajas que se le otorgaron al nivel ejecutivo, y por las cuales decidieron unirse a este.” (Se resalta)

§37. Este Tribunal, en sentencia antecedente del 9 de julio de 2021³ con ponencia del Doctor Dohor Edwin Varón Vivas consideró lo siguiente en un caso analógico abierto sobre reliquidación del salario básico de un miembro del nivel ejecutivo:

“Al demandante no le asiste derecho a que se reliquide su salario incluyendo el subsidio familiar por concepto de su cónyuge en un porcentaje del 30% y por concepto de su primer hijo en un porcentaje del 5%, por cuanto el reconocimiento del subsidio familiar se ha efectuado de conformidad con los artículos 15 y siguientes del Decreto 1091 de 1995.

Además, no existe vulneración del derecho a la igualdad del demandante y de su familia, como miembro de la Policía Nacional del nivel ejecutivo, en comparación con los suboficiales y oficiales de esa institución en lo relacionado con el reconocimiento y pago del subsidio familiar.

Por lo tanto, no es procedente inaplicar en el caso concreto el artículo 28 del Decreto 673 del año 2008; artículo 27 del Decreto 737 del año 2009; artículo 27 del Decreto 1530 del año 2010; artículo 27 del Decreto 1050 del año 2011; artículo 27 del Decreto 842 del año 2012; artículo 27 del Decreto 1017 del año 2013; artículo 27 del Decreto 187 del año 2014; artículo 27 del Decreto 1028 del año 2015; artículo 27 del Decreto 214 del año 2016; artículo 27 del Decreto 984 del año 2017; artículo 28 del Decreto 324 del año 2018, que fijan anualmente el valor del subsidio familiar para el “... Personal del Nivel Ejecutivo de la Policía Nacional.

Por las razones expuestas, no prosperan los argumentos señalados por el apelante y en consecuencia se confirmará la sentencia de primera instancia.”

2.2. Caso de reliquidación del subsidio familiar de la asignación de retiro de miembros de la policía del nivel ejecutivo

§38. En un caso analógico cerrado con el presente, de reliquidación de miembros de la policía que fueron homologados al nivel ejecutivo, el Consejo de Estado⁴ estimó que a los miembros del nivel ejecutivo se aplica este régimen íntegramente, sin que se pueda alegar vulneración del derecho a la igualdad. Por lo cual la liquidación de la asignación de retiro no le era pertinente la inclusión de los factores previstos en el régimen anterior, incluyendo el subsidio familiar:

“Por intermedio de apoderado judicial y en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento, el señor Carlos Alberto Castrillón Yepes solicitó que se declare la nulidad parcial del acto administrativo contenido en los oficios 5305/GAG-SDP de 13 de diciembre de 2013 y 19073/GAG SDP de 8 de agosto de 2014, por medio de los cuales la Caja de Sueldos de Retiro de la Policía Nacional (en adelante CASUR) le

³ 17-001-33-33-001-2018-00306-02

⁴ CONSEJO DE ESTADO- SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO- SECCION SEGUNDA-SUBSECCION A-Consejero ponente: GABRIEL VALBUENA HERNANDEZ. siete (7) de febrero de dos mil diecinueve (2019) Radicación número: 05001-23-33-000-2014-01926-01(1898-16)

negó la reliquidación de la asignación de retiro incluyendo todas las partidas establecidas en el artículo 100 del Decreto 1213 de 1990.

(...)

Al desarrollar el concepto de violación, sostuvo que, como lo ha señalado la Sección Segunda del Consejo de Estado, tiene derecho a que CASUR le liquide la asignación de retiro con la inclusión de las primas de actividad y antigüedad y **el subsidio familiar** por haber ingresado a la Policía Nacional en vigencia del Decreto 1213 de 1990 y no, como ocurrió, conforme lo disponen la Ley 923 y el Decreto 4433 de 2004, pues la aplicación de estas últimas normas, además de no ser procedente, comporta un desmejoramiento significativo en el monto de su asignación de retiro.

(...)

El 3 de abril de 2013, fue retirado del servicio activo en el grado de intendente jefe, por lo que CASUR le **reconoció asignación de retiro**, de conformidad con lo dispuesto en los **Decretos 1091 de 1995, 4433 de 2004 y 1856 de 2012**, por lo que **no incluyó como partidas computables las primas de actividad y antigüedad y el subsidio familiar, a las que considera tener derecho por estar contenidas en el Decreto 1213 de 1990.**

(...)

Marco normativo y jurisprudencial aplicable

Los artículos 216 y 217 de la Constitución Política establecen que La Fuerza Pública estará integrada en forma exclusiva por las Fuerzas Militares [Ejército Nacional, Fuerza Aérea Colombiana y Armada Nacional] y la Policía Nacional.

Por su parte, el artículo 218 superior, señaló que la ley organizará el cuerpo de Policía, y determinará su régimen de carrera, prestacional y disciplinario.

Con soporte en lo anterior, el Legislador expidió la Ley 4 de 1992, y en sus artículos 1, literal d); 2 literal a); y 10, dispuso que el Gobierno Nacional, con sujeción a las normas, criterios y objetivos señalados en esta ley, fijaría el régimen salarial y prestacional, entre otros de los Miembros de la Fuerza Pública.

Por medio del Decreto 1213 de 1990, el presidente de la República en uso de las facultades extraordinarias que le confirió la Ley 66 de 1989, reformó el Estatuto del personal de agentes de la Policía Nacional, y dispuso que (i) «[l]a Policía Nacional es una institución pública de carácter permanente y naturaleza oficial constituida con régimen y disciplina especiales, que depende del Ministro de Defensa Nacional y hace parte de la Fuerza Pública en los términos de los artículos 167 y 168 de la Constitución Política», y (ii) esta sería la norma que regularía «la carrera profesional de los agentes de la Policía Nacional y sus prestaciones sociales»⁵.

Posteriormente mediante la Ley 62 de 1993, se expidieron algunas normas sobre el sector defensa y, entre otras, se concedieron facultades extraordinarias al presidente de la República; en dicho cuerpo normativo, al tenor de sus artículos 6 y 35 dispuso:

«ARTICULO 6. Personal Policial. La Policía Nacional está integrada por oficiales, suboficiales, agentes, alumnos y por quienes presten el servicio militar obligatorio en la Institución, así como por los servidores públicos no uniformados pertenecientes a ella, unos y otros sujetos a normas propias de carrera y disciplina en la forma que en todo tiempo establezca la ley.

ARTICULO 35. Facultades extraordinarias. De conformidad con el numeral 10 del artículo 150 de la Constitución Política, revístese al Presidente de la República de precisas facultades extraordinarias, hasta por el término de seis (6) meses contados a partir de la promulgación de la presente ley, para los siguientes efectos:

1. Modificar las normas de carrera del personal de oficiales, suboficiales y agentes de la Policía Nacional [.]»

Con fundamento en este último, fueron expedidos los Decretos 41 de 1994, «por el cual se modifican las normas de carrera del personal de oficiales y suboficiales de la Policía Nacional y se dictan otras disposiciones», y el 262 de esa misma anualidad, «por el cual se modifican las normas de carrera del personal de Agentes de la Policía Nacional y se dictan otras disposiciones».

Sobre el particular, es pertinente resaltar que, mediante la sentencia C-417 de 1994, la Corte Constitucional declaró inexecutable las expresiones «nivel ejecutivo», «personal del nivel ejecutivo» y «miembro del nivel ejecutivo» contenidas en el precitado Decreto 41 de 1994, en la medida que la Ley 62 de 1993 no hizo referencia a dicho nivel, por lo que se evidenció un exceso en las facultades otorgadas al Ejecutivo.

Por su parte, el artículo 1 de la Ley 180 de 1995, modificó el artículo 6 de la Ley 62 de 1993, de la siguiente manera:

«**ARTICULO 6.** La Policía Nacional está integrada por Oficiales, personal del Nivel Ejecutivo Suboficiales, Agentes, Alumnos y por quienes presten el servicio militar obligatorio en la Institución, así como por los servidores públicos no uniformados, pertenecientes a ella, unos y otros sujetos a normas propias de carrera y disciplina en la forma que en todo tiempo establezca la ley.»

Adicionalmente, la norma en comento, en el artículo 7, le confirió facultades extraordinarias al presidente de la República con el objeto de regular, aspectos como la asignación salarial, primas y prestaciones sociales del Nivel Ejecutivo, disponiendo en el parágrafo que «[l]a creación del Nivel Ejecutivo no podrá discriminar ni desmejorar, en ningún aspecto, la situación actual de quienes estando al servicio de la Policía Nacional ingresen al Nivel Ejecutivo».

Con fundamento en las mencionadas facultades extraordinarias, el Gobierno Nacional expidió el Decreto 132 de 1995, «por el cual se desarrolló la carrera profesional del nivel ejecutivo de la Policía Nacional», en lo que interesa al caso de marras, así:

«**ARTÍCULO 13. Ingreso de agentes al Nivel Ejecutivo.** Podrán ingresar al primer grado del Nivel Ejecutivo de la Policía Nacional, los agentes en servicio activo siempre y cuando reúnan los siguientes requisitos:

[.]

PARÁGRAFO 1º. Los agentes en servicio activo que no sean bachilleres, tendrán plazo de tres (3) años contados a partir de la vigencia del presente decreto, para acreditar este requisito, o en su defecto, deberán adelantar y aprobar un curso de nivelación académica de acuerdo con reglamentación que expida la Dirección General de la Policía Nacional.

PARÁGRAFO 2°. Los agentes que al momento de ingresar al Nivel Ejecutivo de la Policía Nacional, hayan cumplido ocho (8) o más años de servicio activo como tales, ingresarán al grado de Subintendente, sin perjuicio de los requisitos exigidos en los numerales 1°, 2°, y 3° de este artículo.

ARTÍCULO 15. Régimen salarial y prestacional del personal del Nivel Ejecutivo. El personal que ingrese al Nivel Ejecutivo de la Policía Nacional, se someterá al régimen salarial y prestacional determinado en las disposiciones que sobre salarios y prestaciones dicte el Gobierno Nacional.

ARTÍCULO 82. Ingreso al Nivel Ejecutivo. El ingreso al Nivel Ejecutivo de la Policía Nacional no podrá discriminar, ni desmejorar, en ningún aspecto la situación de quienes están al servicio de la Policía Nacional. [.]»

Luego, el Gobierno Nacional en desarrollo de la Ley 4a de 1992, mediante Decreto 1091 de 1995, expidió el Régimen de Asignaciones y Prestaciones del nuevo nivel de la Policía Nacional, estableciendo los siguientes factores: remuneración mensual por fuera del país (artículo 3), primas de servicio (artículo 4), de navidad (artículo 5), de carabinero (artículo 6), del nivel ejecutivo (artículo 7), de retorno a la experiencia (artículo 8), de alojamiento en el exterior (artículo 9), de instalación (artículo 10), de vacaciones (artículo 11), y los subsidios de alimentación (artículo 12) y familiar (artículo 15).

Posteriormente, a través del Decreto 1791 de 2000, «por el cual se modifican las normas de carrera del Personal de Oficiales, Nivel Ejecutivo, Suboficiales y Agentes de la Policía Nacional», con relación a los Agentes de la Policía Nacional que ingresan al Nivel Ejecutivo, se indicó:

«**ARTICULO 9°. Ingreso de Suboficiales al Nivel Ejecutivo.** Podrán ingresar a la escala jerárquica del Nivel Ejecutivo los suboficiales en servicio activo que lo soliciten, de acuerdo con las siguientes equivalencias: 1. Cabo Segundo y Cabo Primero, al grado de Subintendente; 2. Sargento Segundo, al grado de Intendente; 3. Sargento Viceprimero, al grado de Intendente Jefe; 4. Sargento Primero, al grado de Subcomisario; 5. Sargento Mayor, al grado de Comisario.

PARAGRAFO. El ingreso de los Suboficiales a este nivel, se hará en estricto orden de antigüedad en el grado, de acuerdo con las disposiciones que para tal efecto presente a consideración del Ministro de Defensa Nacional el Director General de la Policía Nacional.

ARTÍCULO 10. Ingreso de Agentes al Nivel Ejecutivo. Podrán ingresar al primer grado del Nivel Ejecutivo, los agentes en servicio activo de acuerdo con las disposiciones que para tal efecto presente a consideración del Ministro de Defensa Nacional el Director General de la Policía Nacional.

PARAGRAFO. El personal de Suboficiales y de Agentes de que tratan los artículos 9 y 10 del presente Decreto, se someterán al régimen salarial y prestacional establecido para la carrera del Nivel Ejecutivo.»

La Corte Constitucional, mediante Sentencia C-691 de 2003, declaró la exequibilidad del párrafo del artículo 10 del citado decreto, de donde se infiere lo siguiente: **(i) el traslado de agentes y suboficiales al Nivel Ejecutivo fue voluntario; (ii) la sujeción al régimen especial con el cambio de nivel era válido; y la Ley 180 de 1995 y demás normas concordantes impedían el desmejoramiento de las condiciones salariales y prestacionales de quienes venían vinculados a la Policía Nacional y que optaron por el traslado al Nivel Ejecutivo.**

Ahora bien, el Consejo de Estado en sentencia de 14 de febrero de 2007, expediente núm. 2004-0109-01 (1240-04), al efectuar un análisis del marco normativo reseñado, indicó que:

«[...] Si bien no existe derecho a un régimen prestacional inmodificable o que no pueda variarse, el ejercicio de un derecho adquirido¹⁰ sólo es dable exigirlo en la medida en que el mismo se haya causado, esto es, que haya ingresado al patrimonio de la persona exhibiendo un justo título. Pero, lo cierto es que en este particular caso el Gobierno Nacional no podía variar ni modificar el régimen prestacional de los miembros de la Fuerza Pública en tanto - se repite - era una materia que se hallaba reservada a la ley y, de otra parte, existía una clara protección especial para quienes se habían acogido a la carrera del nivel ejecutivo. (Subrayado de la Sala)»

En la referida providencia **se declaró la nulidad del artículo 51 del Decreto 1091 de 1995, por el cual se reguló la asignación de retiro para el Nivel Ejecutivo**, por considerar que esta materia no podía ser reglada por el Presidente, sino que le correspondía al Legislador a través de una ley marco.

Posteriormente, en sentencia de 12 de abril de 2012, expediente núm. 200700049-00 (1074-07)¹¹, esta Corporación se pronunció con relación a la legalidad del párrafo 2 del artículo 25 del Decreto 4433 de 2004, y resolvió declarar su nulidad; en esa oportunidad expresó la Sala de Decisión lo siguiente:

«El Decreto 4433 de 2004 debía someterse a las reglas establecidas en la Ley 923 de 2004.

- Con la declaratoria de inexequibilidad del Decreto Ley 2070 de 2003, la asignación de retiro aplicable para quienes se incorporaron en el Nivel Ejecutivo, es la prevista en los Decretos 1212 y 1213 de 1990.
- Al analizar los anteriores Decretos, evidenció que la disposición demandada no es consecuente con lo establecido en el numeral 3.1 del artículo 3 de la Ley 923 de 2004, y tampoco contiene un régimen de transición.»

De acuerdo a la norma y la jurisprudencia que se analiza, se puede afirmar que, quienes pertenecían al nivel de agentes y suboficiales de la Policía Nacional tenían la posibilidad de acceder voluntariamente a la carrera del Nivel Ejecutivo; y, **que, a su turno, quienes así lo hicieran debían someterse al régimen salarial y prestacional que estableciera el Gobierno Nacional, pero no podían ser desmejorados o discriminados en su situación laboral.**

De lo probado en el proceso y caso concreto

De conformidad con el marco normativo expuesto, la Sala de Subsección resolverá el problema jurídico planteado, para lo cual se tendrán como pruebas útiles, pertinentes y conducentes las siguientes:

(...)

De las pruebas relacionadas, la Sala de decisión evidencia que el señor C----- ingresó a la entidad como agente alumno **a partir del 20 de enero de 1986** hasta el 31 de julio del mismo año; recibió el grado de agente desde el 1 de agosto de 1986 hasta el 31 de julio de 1995; **y fue homologado al nivel ejecutivo mediante Resolución No. 122 de 1 de agosto de 1995**, grado en el cual permaneció hasta el 13 de julio de 2013, para un total de 27 años, 10 meses y 10 días.

Igualmente se advierte que al accionante, en el periodo que se desempeñó como agente, le fueron aplicadas las disposiciones salariales y prestacionales establecidas en el Decreto 1213 de 1990, **y durante el tiempo en que laboró en el nivel ejecutivo su situación se reguló por el Decreto 1091 de 1995.**

Conforme al acervo probatorio obrante en el proceso, la normatividad que se analizó y la jurisprudencia tanto de la Corte Constitucional como del Consejo de Estado, se infiere que durante el tiempo en que el señor Castrillón Yepes permaneció vinculado a la Policía Nacional y una vez optó por la homologación al Nivel Ejecutivo, estuvo amparado por la prohibición de no ser discriminado o desmejorado en sus condiciones salariales y prestacionales, tal y como lo prevén la Carta Política, la Ley 4a de 1992 y las normas que desarrollaron el Nivel Ejecutivo en la Policía Nacional.

En el sub judice no es posible hacer una interpretación factor por factor, como se pretende, porque ello sería tanto como arrogarse la Sala la competencia atribuida constitucional y legalmente al legislador (Congreso de la República) y llegar a crear un tercer régimen salarial y prestacional diferente al previsto para los oficiales, suboficiales y agentes [Decretos 1212 y 1213 de 1990] y para el nivel ejecutivo [Decreto 1091 de 1995].

Además, en virtud del principio de inescindibilidad, la favorabilidad del Nivel Ejecutivo a la que se **acogió libremente el demandante debe aplicarse en su integridad, pues es posible que en la nueva normativa [Decreto 1091 de 1995]** existan ventajas no estipuladas respecto de la condición de agente y que, a su turno, se hayan eliminado otras, pese a lo cual, en su conjunto, su condición de integrante del nuevo nivel le haya permitido, incluso, mejorar sus condiciones salariales y prestacionales.

En sentencia de 9 de octubre de 2008, la Sección Segunda del Consejo de Estado, tuvo la oportunidad de pronunciarse con relación a los principios de favorabilidad e inescindibilidad y la protección de los derechos adquiridos, así como los eventos en los que un cambio de régimen salarial y prestacional implica la pérdida de una prima específica o de unos beneficios laborales pero, al mismo tiempo, la ganancia de otros.

Significa que, si bien es cierto, no se desconoció la protección dada a los agentes y suboficiales que se incorporaron voluntariamente al Nivel Ejecutivo de la Policía Nacional, tampoco puede adelantarse un estudio de la situación ventilada al margen del principio de inescindibilidad y, por supuesto, del de favorabilidad, ya que mirado en su conjunto, el régimen salarial y prestacional establecido en el Decreto 1091 de 1995 no desmejoró sus condiciones laborales.

Quienes se acogieron al Nivel Ejecutivo vieron aumentados sus ingresos, dando aplicación la accionada de esta manera al principio de progresividad y no solamente manteniendo sus condiciones salariales y prestacionales, sino que éstas fueron mejoradas. Sobre el cambio de régimen, la sentencia C-313 de 2003 proferida por la Corte Constitucional, indicó lo siguiente:

“[.] Es decir, que quienes decidan voluntariamente asimilarse al nuevo régimen, tendrán la opción de hacerlo, tomando en cuenta que en relación con dicha asimilación estarán en la misma situación que quienes ingresan por primera vez a la carrera docente [...] En la medida en que esa asimilación es voluntaria, si dadas estas condiciones ella no resulta atractiva para sus intereses, el docente podrá optar por mantenerse en el antiguo régimen en el que le son reconocidos dicho tiempo de servicio y experiencia.” (Resaltado fuera de texto)

Ello traduce que no se desconocen los derechos adquiridos cuando se trata del cambio voluntario de régimen como ocurrió en el sub examine, teniendo en cuenta que el demandante fue homologado al Nivel Ejecutivo el 1 de agosto de 1995, y estuvo vinculado hasta el 13 de julio de 2013, sin que hubiera manifestado reparo alguno, dado que solo el 22 de octubre de 2013 presentó petición para que le fueran tenidos en cuenta los factores que devengaba en el régimen de agente [Decreto 1213 de 1990].

Ahora bien, es evidente que en el régimen salarial y prestacional del Nivel Ejecutivo no se contemplaron las primas de actividad y antigüedad, entre otras; sin embargo, se crearon unas nuevas primas y se consagró una asignación básica mensual muy superior en relación con el grado de suboficial, por lo que, se advierte, en vigencia del nuevo régimen se superaron las condiciones salariales y prestacionales que el interesado ostentaba antes de agosto de 1995.

A continuación se hará un cuadro comparativo de los factores reconocidos en los regímenes que fueron aplicados al demandante como agente de la Policía Nacional, y luego, al homologarse en el Nivel Ejecutivo de la misma institución:

AGENTE DECRETO 1213 DE 1990		NIVEL EJECUTIVO DECRETO 1091 DE 1995	
CONCEPTO	DEFINICIÓN LEGAL	CONCEPTO	DEFINICIÓN LEGAL
<u>Subsidio Familiar</u>	Art. 46. A partir de la vigencia del presente Decreto, los Agentes de la Policía Nacional en servicio activo, tendrán derecho al pago de un subsidio familiar que se liquidará mensualmente sobre el sueldo básico, así: a. Casados el treinta por ciento (30%), más los porcentajes a que se tenga derecho conforme al literal c. de este artículo. b. Viudos, con hijos habidos dentro del matrimonio por los que exista el derecho a devengarlo, el treinta por ciento (30%), más los porcentajes de que trata el literal c. del presente artículo. c. Por el primer hijo el cinco por ciento (5%) y un cuatro por ciento (4%) por cada uno de los demás sin que se sobrepase por este concepto del diecisiete por ciento (17%).	<u>Subsidio Familiar</u>	Art 15 y ss. El subsidio familiar se pagará al personal del nivel ejecutivo de la Policía Nacional en servicio activo. El Gobierno Nacional determinará la cuantía del subsidio por persona a cargo. (hijos, hermanos y padres)
<u>Prima de servicio</u>	Art. 31. Los Agentes de la Policía en servicio activo tendrán derecho al pago de una prima equivalente al cincuenta por	<u>Prima de Servicio</u>	Art. 4. El personal del nivel ejecutivo de la Policía Nacional en servicio activo, tendrá derecho al pago de una prima de servicio

	ciento (50%) de la totalidad de los haberes devengados en el mes de junio del respectivo año, la cual se pagará dentro de los quince (15) primeros días del mes de julio de cada año .		equivalente a quince (15) días de remuneración, que se pagará en los primeros quince (15) días del mes de julio de cada año, conforme a los factores establecidos en el artículo 13 de este decreto.
<u>Prima de navidad</u>	Art. 32. Los Agentes de la Policía Nacional en servicio activo, tendrán derecho a recibir anualmente del Tesoro Público una prima de navidad, equivalente a la totalidad de los haberes devengados en el mes de noviembre del respectivo año.	<u>Prima de Navidad</u>	Art. 5. Prima de navidad. El personal del nivel ejecutivo de la Policía Nacional en servicio activo, tendrá derecho al pago anual de una prima de navidad equivalente a 1 mes de salario que corresponda al grado, a treinta (30) noviembre y se pagará dentro de los primeros quince (15) días del mes de diciembre de cada año, conforme a los factores establecidos en el art. 13 de este decreto.
<u>Prima de Vacaciones</u>	Art. 42. Los Agentes de la Policía Nacional en servicio activo, con la excepción consagrada en el artículo 80 del Decreto 183 de 1975, tendrán derecho al pago de una prima vacacional equivalente al cincuenta por ciento (50%) de los haberes mensuales por cada año de servicio, la cual se reconocerá para las vacaciones causadas a partir de febrero de 1975 y solamente por un período dentro de cada año fiscal.	<u>Prima de Vacaciones</u>	Art. 11. El personal del nivel ejecutivo de la Policía Nacional en servicio activo, tendrá derecho al pago de una prima de vacaciones por cada año de servicio equivalente a quince (15) días de remuneración, conforme a los factores que se señalan en el artículo 13 de este Decreto.
<u>Subsidio de Alimentación</u>	Art. 45. Los Agentes de la Policía Nacional en servicio activo, tendrán derecho a un subsidio mensual de alimentación en cuantía que en todo tiempo determinan las disposiciones legales vigentes sobre la materia.	<u>Subsidio de Alimentación</u>	Art. 12. El personal del nivel ejecutivo de la Policía Nacional en servicio activo, tendrá derecho a un subsidio mensual de alimentación, en la cuantía que en todo tiempo determine el Gobierno Nacional.
<u>Prima de actividad</u>	Art. 30. Los Agentes de la Policía Nacional en servicio activo, tendrán derecho a una prima mensual de actividad, que será equivalente al treinta por ciento (30%) del sueldo básico y se aumentará en un cinco por ciento (5%) por cada cinco (5) años de servicio cumplido.	<u>Prima del Nivel Ejecutivo</u>	Art. 7. El personal del nivel ejecutivo de la Policía Nacional en servicio activo, tendrá derecho a una prima del nivel ejecutivo equivalente al veinte por ciento (20%) de la asignación básica mensual. Esta prima no tiene carácter salarial para ningún efecto, con excepción de la prima de navidad.
<u>Prima de antigüedad</u>	Art. 33. Los Agentes de la Policía Nacional, a partir de la fecha en	<u>Prima de retorno a la</u>	Art. 8. El personal del nivel ejecutivo de la Policía Nacional,

	que cumplan diez (10) años de servicio tendrán derecho a una prima mensual de antigüedad que se liquidará sobre el sueldo básico, así: a los diez (10) años, el diez por ciento (10%) y por cada año que exceda de los diez (10), el uno por ciento (1%) más.	<u>experiencia</u>	tendrá derecho a una prima mensual de retorno a la experiencia, que se liquidará de la siguiente forma: a) El uno por ciento (1%) del sueldo básico durante el primer año de servicio en el grado de intendente y el uno por ciento (1%) más por cada año que permanezca en el mismo grado, sin sobrepasar el siete por ciento (7%); b) Un medio por ciento (1/2%) más por el primer año en el grado de subcomisario y medio por ciento (1/2%) más por cada año que permanezca en el mismo grado sin sobrepasar el nueve punto cinco por ciento (9.5%); c) Un medio por ciento (1/2%) más por el primer año en el grado de comisario y medio por ciento (1/2%) más por cada año que permanezca en el mismo grado, sin sobrepasar el doce por ciento (12%).
<u>Recompensa quinquenal</u>	Art. 43. Los Agentes de la Policía Nacional en servicio activo que completen períodos quinquenales continuos de servicio y observen buena conducta durante los mismos, tendrán derecho a una recompensa por cada cinco (5) años de servicio, equivalente a la totalidad de los haberes en actividad, devengados en el último mes en que cumplan el quinquenio.		
<u>Régimen cesantías</u>	Art. 103. Se consagró el régimen retroactivo de cesantías	<u>Régimen cesantías</u>	Art. 50 transitorio. Se estableció el régimen anualizado, consagrándose que a la fecha del traslado se reconocería el beneficio causado hasta ese momento al interesado, si se acreditaban los requisitos para ello.

De acuerdo con el anterior cuadro comparativo, es evidente para la Sala que la parte accionante se benefició ampliamente al cambiar del rango de agente al del nivel ejecutivo de la Policía Nacional, particularmente en materia salarial, pues en dicho régimen se superaron las condiciones mínimas que dispuso el legislador. Por lo mismo, se debe someter integralmente a su reglamentación, dentro de la cual no se establecieron los factores que el accionante reclama precisamente porque corresponden al régimen de agentes, al que ya no pertenece, y en cambio sí se le reconocieron y pagaron los propios del nivel ejecutivo, al cual ingresó de forma voluntaria.

En consecuencia, es claro que el acto administrativo enjuiciado no adolece de la causal de nulidad alegada por el demandante, pues los salarios y prestaciones a que tiene derecho son los establecidos en el régimen del nivel ejecutivo de la Policía Nacional que se le han aplicado desde su ingreso al mismo.

En estas condiciones las pretensiones planteadas por el señor C----- no tienen vocación de prosperidad. En consecuencia, se confirmará la sentencia de primera instancia que negó las súplicas de la demanda.”⁵

§39. Si lo anterior se aplica a miembros del nivel ejecutivo que ingresaron antes de la creación de este nivel, pero que se acogieron voluntariamente al mismo, con mayor razón se aplica a quien ingresó desde el comienzo a dicho nivel.

2.3. Caso concreto

§40. La parte demandante, miembro de la policía en el nivel ejecutivo, pretende que se le aplique la normatividad de los oficiales, suboficiales y agentes del régimen anterior, **para la reliquidación de la asignación de retiro**, en el caso concreto del subsidio familiar, según los Decretos 1212 y 1213 de 1990, en un porcentaje del salario básico conforme a la composición familiar.

§41. Conforme al artículo 15 del Decreto 132 de 1995 “... *El personal que ingrese al Nivel Ejecutivo de la Policía Nacional, se someterá al régimen salarial y prestacional determinado en las disposiciones que sobre salarios y prestaciones dicte el Gobierno Nacional.*”

§42. Este régimen fue señalado en el Decreto 1091 de 1995, el cual se le está aplicando al actor, el cual fija una suma determinada de subsidio familiar por los hijos.

§43. Como antes se citó, el Consejo de Estado en sentencia del 25 de noviembre de 2019 indicó que el régimen del nivel ejecutivo redujo el subsidio familiar, y no se tiene en cuenta para la liquidación de la asignación de retiro. Sin embargo, no por ello el régimen en general es menos favorable y regresivo, sino que debe valorarse en su conjunto.

§44. Por ello, no existe parámetro de comparación para realizar un test de igualdad por la vulneración de derechos fundamentales, ni para la ponderación de principios, porque hacen falta puntos de comparación en dos elementos: (i) el objeto que es el régimen salarial pleno del nivel ejecutivo frente a los demás, y no por solo un elemento, el subsidio familiar; y, (ii) entre los miembros de la policía que se les aplica el régimen del nivel ejecutivo plenamente y aquellos que no se acogieron o que están en el régimen de transición.

§45. De esta manera, no se están demostrados los vicios endilgados al acto demandado, por lo que no prosperan los argumentos de la apelación y en consecuencia, se confirmará la sentencia de primera instancia.

⁵ <https://www.consejodeestado.gov.co/documentos/boletines/217/05001-23-33-000-2014-01926-01.pdf>

2.4. Costas

§46. Con base en el artículo 47 de la Ley 2080 de 2021, no se condenará en costas a la parte apelante, debido a que la demanda fue presentada con un sustento legal, y se revocará la condena en costas de primera instancia.

§47. Por lo discurrido, la sala sexta de decisión del Tribunal Administrativo de Caldas, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

Sentencia

PRIMERO: Revóquese el numeral tercero de la sentencia proferida por el Juzgado Sexto Administrativo del Circuito de Manizales del quince (15) de septiembre de 2020, dentro del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho promovido por el señor **WILLIAM ORTIZ TORO** contra **LA CAJA DE SUELDO DE RETIRO DE LA POLICIA NACIONAL- CASUR**, conforme a las consideraciones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO. Confírmese en lo demás la sentencia de primera instancia.

TERCERO: SIN COSTAS en esta instancia por lo brevemente expuesto.

CUARTO: Ejecutoriada esta providencia, **DEVUÉLVASE** el expediente al Juzgado de origen, previas las anotaciones del caso en el Sistema Justicia Siglo XXI.

QUINTO: NOTIFÍQUESE conforme lo dispone el artículo 203 del CPACA.

Notifíquese y Cúmplase
Los Magistrados



PUBLIO MARTÍN ANDRÉS PATIÑO MEJÍA



CARLOS MANUEL ZAPATA JAIMES
Magistrado



PATRICIA VARELA CIFUENTES

Magistrada



Firmado Por:

**Publio Martin Andres Patiño Mejia
Magistrado
Mixto 006
Tribunal Administrativo De Manizales - Caldas**

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica, conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

Código de verificación:

7aba6469ed1bb6c339a7b5cf4a66fc91fdb38f4e33dc0acda565cf7437025bdd

Documento generado en 20/09/2021 11:01:45 AM

**Valide este documento electrónico en la siguiente URL:
<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>**

**REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL**



HONORABLE TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS

Sala de Decisión

Magistrado Ponente: Publio Martín Andrés Patiño Mejía

Asunto: Sentencia de Única Instancia
Acción: Revisión de Validez de Acuerdo
Demandante: Departamento de Caldas
Demandado: Municipio de Chinchiná– Caldas
Radicación: 17001233300020210015500
Acto Judicial: Sentencia 102

Manizales, veinte (20) de septiembre de dos mil veintiuno (2021).

Proyecto discutido y aprobado en Sala de la presente fecha.

§01. **Síntesis:** La gobernación de Caldas solicita el estudio de validez del Acuerdo 004 de 2021 de Chinchiná, que denominó la plaza de mercado con el nombre de una persona fallecida, por violación del Decreto 2987 de 1945. La sala declara la validez del acuerdo frente a los cargos presentados, debido a la textura abierta del Decreto 2987 de 1945.

§02. Procede la Sala del Tribunal Administrativo de Caldas a decidir sobre la validez del Acuerdo 004 del 31 de mayo de 2021 expedido por el Concejo del municipio de Chinchiná– Caldas y sancionado por el Alcalde el 31 de mayo de 2021, *“Por medio del cual se exalta a un ilustre exconcejal y se da su nombre a la plaza de mercado del Municipio de Chinchiná”*.

1. Antecedentes

1.1. La Demanda¹

§03. La gobernación pretende que se decida la invalidez del Acuerdo 004 del 31 de mayo de 2021 del municipio de Chinchiná, porque quebranta los artículos 313.9, 315.6 de la Constitución Política, y único del Decreto 2987 de 1945.

§04. Describió que el Acuerdo 004 de 2021 fue aprobado por el Concejo de Chinchiná y sancionado por el alcalde el 31 de mayo de 2021.

§05. El 04 de junio de 2021 dicho acto fue recibido por la gobernación de Caldas para su respectiva revisión.

¹ 02Demanda.pdf

§06. La gobernación aseveró que el citado acuerdo quebranta los artículos 313.9, 315. 6 de la Constitución Política, y único del Decreto 2987 de 1945.

§07. La infracción se configuraría porque en el artículo segundo de dicho acuerdo se dispuso que la plaza de mercado del municipio de Chinchiná se conociera como *“La plaza de mercado Chinchiná- Caldas Jair Arenas”*.

§08. Dicho acto infringiría directamente el artículo único del Decreto 2987 de 1945, el cual dispone que *“Las instituciones oficiales que en lo sucesivo se creen para el bien público, para la formación y difusión de la cultura, deberán llevar nombres que perpetúen la memoria de los grandes hombres desaparecidos o de los acontecimientos que hayan contribuido a la formación de la nacionalidad colombiana.”*

§09. El quid de la violación consiste en que la plaza de mercado no es una institución oficial para la formación y difusión de la cultura.

§10. La solicitud de control de validez fue repartida el 8 de julio de 2021 y se admitió el 13 de julio de 2021. Una vez hechas las notificaciones, comunicaciones y publicaciones respectivas, se fijó en lista del 21 de julio al 03 de agosto de 2021, recibiendo la respuesta del Municipio de Chinchiná el 28 de julio de 2021.

2. Contestación de la alcaldía de Chinchiná²

§11. La alcaldía de Chinchiná se opuso a las pretensiones.

§12. En su interpretación aduce que, para el caso concreto, el concejo designó un bien fiscal de propiedad del municipio con la única finalidad de resaltar la trayectoria de una persona desaparecida que brindó aportes significativos a nivel local y nacional, según lo señala el Decreto 1678 de 1958 modificado por el Decreto 2759 de 1997. Y no conforme al Decreto 2987 de 1945 como lo asevera la gobernación.

§13. Adicionalmente, explicó que la iniciativa proviene de la comunidad y la gran mayoría de concejales.

§14. Seguidamente, con apoyo en antecedentes del Consejo de Estado, precisó que las plazas de mercado son bienes de uso público, que prestan un servicio público. También informó que, por las características de la plaza de mercado, puede identificarse como un foco de difusión cultural.

§15. Propuso la excepción genérica.

3. Consideraciones

§16. Conforme a los artículos 305 de la Constitución Política y 120 del Decreto 1333 de 1986, este tribunal es competente para conocer del estudio de validez del Acuerdo 004 del 31 de mayo de 2021.

²20.Contestación.pdf

§17. El control de validez de los actos administrativos es un procedimiento judicial de carácter preventivo que tiene lugar por solicitud del Gobernador del Departamento por motivos de inconstitucionalidad o ilegalidad.

§18. Previo agotamiento de las etapas establecidas en el artículo 121 *ibídem*³ se pone fin al trámite de control, mediante sentencia que produce efectos de cosa juzgada frente a los preceptos constitucionales y legales confrontados, y contra la cual no procede ningún recurso.

§19. Así pues, procede esta sala a decidir la solicitud de pronunciamiento sobre la validez del acto puesto en conocimiento.

4. Problema jurídico

§20. ¿El Concejo Municipal de Chinchiná al aprobar el Acuerdo 004 del 31 de mayo de 2021 incurrió en la violación de los artículos 313-9, 315-6 de la Constitución Política y único del Decreto 2987 de 1945, al colocar el nombre de una persona fallecida a la plaza de mercado local?

5. Lo demostrado en el proceso

§21. Los días 20 y 29 de abril de 2021, se presentaron documentos suscritos por personas que señalaron ser comerciantes de la plaza de mercado, conductores, comunidad aledaña y doce concejales, para que dicho sitio fuera llamado *Plaza de Mercado Jair Arenas*, por su labor desempeñada en el concejo, y los reconocimientos que recibió como: (i) la orden del Congreso en el grado de Caballero; (ii) la mención de reconocimiento de la Federación Colombiana de Concejos; y, (iii) el reconocimiento como referente de espíritu cívico para las presentes y futuras generaciones de la Asamblea de Caldas.⁴

§22. El 28 de abril de 2021, el Jefe de la Oficina Asesora de Planeación e Infraestructura, emitió constancia de que el predio ubicado en la Carrera 7 con Calle 8 # 02- 70, en la zona urbana del Municipio de Chinchiná, identificado con la ficha catastral 01-00-00-46-0002-000 y matrícula inmobiliaria 100-220727, es de propiedad del Municipio y tiene como destinación el funcionamiento de la Plaza de Mercado Municipal⁵.

§23. El 3 de mayo de 2021 el alcalde y un concejal presentaron el proyecto de acuerdo 003, *“Por medio del cual se exalta a un ilustre exconcejal y se da su nombre a la plaza de mercado del Municipio de Chinchiná”*. En el proyecto se expone: (i) que el fallecido señor Jair Arenas fue concejal por cincuenta años, se destacó por su pertenencia, recibió varias menciones como la orden de Caballero del Congreso; (ii) como sustento normativo se citaron los Decretos 2987 de 1945, 1678 de 1958; (iii) la oficina de planeación certificó que dicho inmueble era un bien fiscal

³ ARTICULO 121. Al escrito de que trata el artículo anterior, en el Tribunal Administrativo se dará el siguiente trámite: fin al trámite de control, mediante sentencia que produce efectos de cosa juzgada frente a los preceptos constitucionales y legales confrontados, y contra la cual no procede ningún recurso.

⁴ 02Demanda.pdf. fls.20 a 23/29

⁵ 02Demanda.pdf. fl.24/29

municipal; (iv) la plaza es un lugar de importancia por dar cuenta de la tradición cultural, gastronómica, social, comercial, política y religiosa.

§24. El proyecto fue discutido en sesiones del 25 y 31 de mayo de 2021.⁶

§25. El 31 de mayo de 2021 el Concejo de Chinchiná, Caldas, expidió el acuerdo 004⁷, que en su parte resolutive acordó:

“ARTÍCULO PRIMERO: Exáltese la memoria del reconocido exconcejal JAIR ARENAS, teniendo en cuenta su valiosa e incansable gestión para el municipio de Chinchiná.

ARTÍCULO SEGUNDO: Designar con su nombre, a partir de la fecha de aprobación y sanción del presente Proyecto de Acuerdo, a la plaza de mercado del Municipio de Chinchiná ubicado en la carrera 7 con calle 8 No 02-70, conocido, como “La plaza de mercado”, e identificado con la ficha catastral No. 01-00-0046-002-00 y matrícula inmobiliaria 100-220727, es un bien fiscal del Municipio de Chinchiná, como: “PLAZA DE MERCADO CHINCHINA-CALDAS JAIR ARENAS.”

§26. Según certificado del alcalde, el acuerdo fue sancionado el 31 de mayo de 2021⁸.

§27. El 04 de junio de 2021, fue radicada vía correo electrónico copia del acuerdo ante la Gobernación del Departamento de Caldas para su respectiva revisión⁹.

§28. El 08 de julio de 2021, la secretaria Jurídica de la Gobernación de Caldas, remitió la solicitud de revisión sobre la validez del Acuerdo Municipal 004 del 31 de mayo de 2021, al Alcalde, al Presidente del Concejo y al Personero de Chinchiná¹⁰.

6. Las normas que considera violadas la gobernación

§29. **El artículo único del Decreto 2987 de 1945**, suscrito por el Presidente de la República y el Ministro de Educación, dispuso:

“CONSIDERANDO:

1° Que es deber del gobierno y la ciudadanía fomentar en las actuales generaciones la gratitud y veneración a los grandes valores humanos que en el pasado contribuyeron a formar y a dar carácter a la nacionalidad colombiana;

2° que dicho objetivo se logra con excepcional oportunidad consagrando a la memoria de esos grandes valores históricos las instituciones oficiales que se dedican al bien público, y a la formación y difusión de la cultura,

DECRETA:

⁶ 02Demanda.pdf. fl.17/29

⁷ 02Demanda.pdf. fls.12 a 16/29

⁸ 02Demanda.pdf. fl.19/29

⁹ 02Demanda.pdf. fl.25/29

¹⁰ 02Demanda.pdf. fls.26 a 28/29

ARTÍCULO 1o. Las instituciones oficiales que en lo sucesivo se creen para el bien público, para la formación y difusión de la cultura, deberán llevar nombres que perpetúen la memoria de los grandes hombres desaparecidos o de los acontecimientos que hayan contribuido a la formación de la nacionalidad colombiana.”

§30. El cargo de la gobernación por la violación de esta norma consiste en que:

“... el Concejo Municipal de Chinchiná, mediante el Acuerdo Nro. 004 de 2021, no dio cumplimiento a este precepto normativo, en primer, lugar al dar el nombre a la plaza de mercado de la localidad del Municipio de Chinchiná en memoria del ilustre Concejal fallecido Jair Arenas, el cual fue dado a un bien fiscal propiedad del Municipio de Chinchiná, y no a una institución pública o institución dedicada a la difusión de la cultura; y en segundo lugar que el bien inmueble no está a cargo del municipio de Chinchiná, solamente es un bien que pertenece al municipio de Chinchiná, sin cumplir con unos de los requisitos enunciados de ser una institución pública cultural o dedicadas a la difusión de la cultura de la comunidad, teniendo así en el desarrollo del Acto Administrativo la infracción de las normas superiores en las que debe fundarse dicho Acuerdo.”

§31. Es del caso precisar que el artículo 1º del Decreto 2987 utiliza varios términos genéricos de contextura abierta, especialmente, *instituciones oficiales* y *bien público*.

§32. El Diccionario de la Real Academia define institución como: “1. f. Establecimiento o fundación de algo. 2. f. Cosa establecida o fundada. 3. f. Organismo que desempeña una función de interés público, especialmente benéfico o docente. (...) 4. f. Cada una de las organizaciones fundamentales de un Estado, nación o sociedad. Institución monárquica, del feudalismo. 5. f. desus. Instrucción, educación, enseñanza. (...) 7. f. pl. Órganos constitucionales del poder soberano en la nación.”

§33. A su vez, las acepciones de *establecimiento* son: “1. m. Acción y efecto de establecer o establecerse. 2. m. Fundación, institución o erección. Establecimiento de un colegio, de una universidad. 3. m. Cosa fundada o establecida. 4. m. Colocación o suerte estable de una persona. 5. m. Lugar donde habitualmente se ejerce una actividad. 6. m. Local de comercio. 7. m. desus. Ley, ordenanza, estatuto.”-sft-

§34. Consultada la legislación y jurisprudencia nacionales en las bases de datos de Legis Xperta y Avance Jurídico, no existen definiciones establecidas para los vocablos *instituciones oficiales* y *bien público*.

§35. En la normatividad la *institución oficial* se aborda como persona jurídica pública, establecimiento educativo oficial, o establecimientos públicos. Según el diccionario jurídico Omeba, es “...*aquel cuerpo social, con personalidad jurídica o no, integrado por una pluralidad de individuos, cuyo fin responde a las exigencias de la comunidad y del que derivan para sus miembros situaciones jurídicas objetivas — o status —, que los invisten de deberes y derechos estatutarios*”.

§36. En cuanto al *bien público*, no se encuentra una claridad en torno a su definición. Pero acudiendo a la doctrina, se puede identificar como *bien común*, el cual tiene las siguientes connotaciones: la causa final del Estado, el ámbito y la

medida de la actuación estatal, el fundamento de la existencia de la autoridad y fuente de legitimidad de las potestades estatales, el objeto y cometido del gobierno y de los poderes públicos, el ideal y proyecto político al que son convocados los integrantes de una comunidad política, el fin de la ley, un componente esencia de la motivación de los actos administrativos, o como el valor jurídico síntesis del derecho público.¹¹

§37. De otro lado, acudiendo a la construcción lingüística de la frase: “*Las instituciones oficiales que en lo sucesivo **se creen para el bien público, para la formación y difusión de la cultura**...*” podría entenderse de dos maneras principales, conforme al uso de los signos de puntuación de las comas, acudiendo al libro *Redacción jurídica Espasa-Real Academia*:

§37.1. Una oración relativo explicativa: que se trata de instituciones oficiales para el bien público, entendidas solo las que se dediquen a la formación y difusión de la cultura. Sin embargo, esta forma de construcción no tiene una unión que aclare que se trate de una explicación, como sería el uso de “...*que serían...*”, esto es: “*se creen para el bien público, **que serían** para la formación y difusión de la cultura...*”.

§37.2. Una estructura coordinada: que se trata de instituciones oficiales para: (i) el bien público, (ii) para la formación y (iii) para la difusión de la cultura. Se subraya que la frase tiene el conector “y”, lo que se entendería como una coordinación copulativa.

§38. Del anterior análisis, se encuentra mayor coherencia en la última opción, o sea, que la norma trata de instituciones oficiales para cualquiera de estas opciones: (i) el bien público, (ii) la formación, y (ii) para la cultura.

§39. De esta manera, el cargo de la gobernación de que solo puede asignarse el nombre de personas desaparecidas a instituciones oficiales que solo se dediquen a la formación y la cultura no tiene vocación de prosperidad.

§40. En cuanto a si la plaza de mercado como bien fiscal municipal, puede considerarse como una *institución o establecimiento* oficial, la textura abierta del artículo único del Decreto 2987 de 1945 no permite restringir su utilización solo a personas jurídicas, a establecimientos educativos, culturales, a sitios oficiales establecidos como edificaciones o bienes fiscales con establecimientos organizados que simbolizen las instituciones estatales, como los que son usados como plazas de mercados.

§41. En efecto, el carácter simbólico es la connotación principal del acto de *nombramiento* de una *institución* oficial, que se expresa a la comunidad y permanece en la memoria colectiva, lo cual no se logra únicamente en la inscripción en un papel, sino que su principal cometido es que se coloque en los lugares simbólicos a los que tenga acceso la sociedad.

§42. La alcaldía de Chinchiná señala que la plaza de mercado es un foco de difusión cultural. En cuanto a este tópico, a pesar de la connotación cultural que en

¹¹ El concepto de Bien Común en el sistema constitucional argentino. El personalismo solidario como techo ideológico de nuestra Constitución. Alfonso Santiago.

<https://repositorio.uca.edu.ar/bitstream/123456789/9994/1/concepto-bien-comun-sistema.pdf>

su acepción amplia pueda tener cualquier sitio de encuentro social, la alcaldía de Chinchiná no ha declarado la plaza de mercado como un bien de interés cultural, conforme las competencias que le son propias otorgadas por el artículo 8 de la Ley 397 de 1997.

§43. La alcaldía también señala que el nombramiento de la plaza de mercado se encuentra amparado por el artículo 5º del Decreto 1678 de 1958, modificado por el artículo 1 del Decreto 2759 de 1997¹². Sin embargo, esta norma no es aplicable al caso concreto, toda vez que no se trata del nombramiento de sitios con personas vivas, ni de la colocación de una placa para recordar la participación del concejal homenajeado en la construcción de una obra pública:

"Los Ministerios del Despacho, Gobernadores y Alcaldes quedan encargados de dar estricto cumplimiento a lo dispuesto en la legislación vigente para prohibir en adelante la designación, con el nombre de personas vivas, de las divisiones generales del territorio nacional, los bienes de uso público y los sitios u obras pertenecientes a la Nación, los Departamentos, Distritos, Municipios o a entidades oficiales o semioficiales.

Igualmente, prohíbese la colocación de placas o leyendas o la erección de monumentos destinados a recordar la participación de los funcionarios en ejercicio, en la construcción de obras públicas, a menos que así lo disponga una ley del Congreso.

Parágrafo único. *Las autoridades antes indicadas podrán designar con el nombre de personas vivas los bienes de uso público a petición de la comunidad y siempre que la persona epónima haya prestado servicios a la Nación que ameriten tal designación.*"-sft-

§44. De esta manera se concluye que el Acuerdo 004 de 2021 no violó el artículo único del Decreto 2987 de 1945.

§45. En consecuencia, tampoco se encuentra que con el acuerdo citado se violen los artículos 313-9 y 315-6 de la Constitución Política pregonada por la gobernación, porque tratan de la competencia de los concejos para dictar normas con el objetivo de la defensa del patrimonio cultural, como de la función de los alcaldes de objetar los proyectos de acuerdo contrarios al ordenamiento jurídico:

"ARTICULO 313. Corresponde a los concejos: (...) 9. Dictar las normas necesarias para el control, la preservación y defensa del patrimonio ecológico y cultural del municipio.

(...)

"ARTICULO 315. Son atribuciones del alcalde: (...) 6. Sancionar y promulgar los acuerdos que hubiere aprobado el Concejo y objetar los que considere inconvenientes o contrarios al ordenamiento jurídico."

§46. En conclusión, no se encuentra que el Acuerdo 004 de 2021 viole los artículos 313-9 y 315-6 de la Constitución Política y el artículo único del Decreto 2987 de 1945, y no tiene vocación de prosperidad las pretensiones de la gobernación.

¹² Por el cual se modifica el artículo 5o del Decreto 1678 de 1958.

§47. En mérito de lo expuesto, la sala sexta de decisión del Tribunal Administrativo de Caldas, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

SENTENCIA

PRIMERO: DECLARAR LA VALIDEZ del Acuerdo Municipal 004 del 31 de mayo de 2021, *“Por el cual se exalta a un ilustre exconcejal y se da su nombre a la plaza de mercado del Municipio de Chinchiná, Caldas”*, frente a los cargos de expuestos por la gobernación de Caldas.

SEGUNDO: COMUNÍQUESE esta determinación al señor Gobernador del Departamento de Caldas, al Presidente del Concejo, al Alcalde, y al Personero Municipal de Chinchiná.

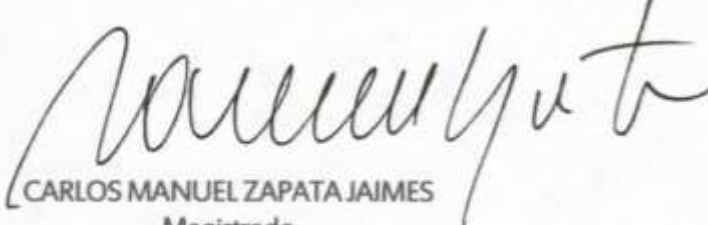
TERCERO: En firme esta sentencia, **ARCHÍVESE** el expediente previas las anotaciones del caso en el Programa Justicia Siglo XXI.

Notifíquese y Cúmplase

Los Magistrados



PUBLIO MARTÍN ANDRÉS PATIÑO MEJÍA



CARLOS MANUEL ZAPATA JAIMES
Magistrado



PATRICIA VARELA CIFUENTES
Magistrada



Firmado Por:

Publio Martin Andres Patiño Mejia
Magistrado
Mixto 006
Tribunal Administrativo De Manizales - Caldas

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica, conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

Código de verificación:

**3ab7c8cbb3af0c64f3629661b98e001897256be9233ee54aee6ff44520b5
1ba5**

Documento generado en 20/09/2021 11:02:22 AM

Valide este documento electrónico en la siguiente URL:
<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>

**REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL**



**HONORABLE TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS
Sala de Decisión
Magistrado Ponente: Publio Martín Andrés Patiño Mejía**

Auto de mejor proveer

Acción:	Nulidad y restablecimiento del derecho
Demandante:	Adalgiza González de Aristizábal
Demandado:	Nación – Ministerio de educación nacional - Departamento de Caldas.
Radicación:	17001-23-33-000-2019-00318-00
Acto Judicial:	Auto de sustanciación 0220

Manizales, veinte (20) de septiembre de dos mil veintiuno (2021).

Proyecto discutido y aprobado en Sala de la presente fecha.

Asunto

Conforme al artículo 213 del CPACA se ordena la práctica de las siguientes pruebas:

1. Oficiése a la Gobernación del Departamento de Caldas para que un plazo de cinco (05) días siguientes al recibo de la comunicación, informe y allegue lo siguiente:
 - a. Si la señora **Adalgiza González de Aristizábal** identificada con c.c.25.126.601, prestó servicios como docente nombrada por el Decreto 648 de 1978 y 890 de 1978, en el municipio de Samaná, para lo cual indicará **si efectivamente prestó los servicios y durante cuánto tiempo**. Se deberá allegar actos de nombramiento y posesión.
 - b. Si realizó contratos o convenios para la prestación del servicio educativo de docentes en instituciones educativas de Samaná – Caldas, con la FUNDACIÓN PARA EL DESARROLLO COMUNITARIO DE SAMANÁ – FUNDECOS- entre los años 1995 a 2001, y si efectivamente se ejecutaron dichos contratos, y en qué instituciones educativas se desarrollaron los contratos o convenios. Deberá allegar copia de los mismos.
 - c. Si en los años 2001 a 2003 suscribió autorizaciones para personal docente, con la señora **Adalgiza González de Aristizábal** identificada con c.c.25.126.601, para lo cual se servirá indicar si prestó dichos servicios, por cuánto tiempo y en cuál(es) institución(es) educativa(s) se hizo. Allegará copia de la documentación pertinente.

- d. Si en el año 2004 la señora **Adalgiza González de Aristizábal** identificada con c.c.25.126.601 fue nombrada como docente mediante decreto, indicará el mismo, si prestó los servicios, durante qué período y en cuáles instituciones educativas. Allegará copia de la documentación pertinente.
2. Ofíciase a la Secretaría de Educación de la Gobernación del Departamento de Caldas para que un plazo de cinco (05) días siguientes al recibo de la comunicación, informe y allegue lo siguiente:
 - a. Si la señora **Adalgiza González de Aristizábal** identificada con c.c.25.126.601, prestó servicios como docente nombrada por el Decreto 648 de 1978 y 890 de 1978, en el municipio de Samaná, para lo cual indicará **si efectivamente prestó los servicios y durante cuánto tiempo**. Se deberá allegar actos de nombramiento y posesión.
 - b. Si realizó contratos o convenios para la prestación del servicio educativo de docentes en instituciones educativas de Samaná – Caldas, con la FUNDACIÓN PARA EL DESARROLLO COMUNITARIO DE SAMANÁ – FUNDECOS- entre los años 1995 a 2001, y si efectivamente se ejecutaron dichos contratos, y en qué instituciones educativas se desarrollaron los contratos o convenios. Deberá allegar copia de los mismos.
 - c. Si en los años 2001 a 2003 suscribió autorizaciones para personal docente, con la señora **Adalgiza González de Aristizábal** identificada con c.c.25.126.601, para lo cual se servirá indicar si prestó dichos servicios, por cuánto tiempo y en cuál(es) institución(es) educativa(s) se hizo. Allegará copia de la documentación pertinente.
 - d. Si en el año 2004 la señora **Adalgiza González de Aristizábal** identificada con c.c.25.126.601 fue nombrada como docente mediante decreto, indicará el mismo, si prestó los servicios, durante qué período y en cuáles instituciones educativas. Allegará copia de la documentación pertinente.
3. Ofíciase al municipio de Samaná - Caldas para que un plazo de cinco (05) días siguientes al recibo de la comunicación, informe y allegue lo siguiente:
 - a. Si realizó contratos o convenios para la prestación del servicio educativo de docentes en instituciones educativas de Samaná – Caldas, con la FUNDACIÓN PARA EL DESARROLLO COMUNITARIO DE SAMANÁ – FUNDECOS- entre los años 1995 a 2001, y si efectivamente se ejecutaron dichos contratos, y en qué instituciones educativas se desarrollaron los contratos o convenios. Deberá allegar copia de los mismos.
4. Ofíciase a la FUNDACIÓN PARA EL DESARROLLO COMUNITARIO DE SAMANÁ – FUNDECOS- fundecossamana@gmail.com- mramirez@fundecos.org para que un plazo de cinco (05) días siguientes al recibo de la comunicación, informe y allegue lo siguiente:

- a. Si realizó contratos o convenios para la prestación del servicio educativo de docentes en instituciones educativas de Samaná – Caldas, con el Ministerio de Educación, o la gobernación de Caldas, o el municipio de Samaná- Caldas, entre los años 1995 a 2001, si efectivamente se ejecutaron dichos contratos, y en qué instituciones educativas se desarrollaron los contratos o convenios. Deberá allegar copia de los mismos.
- b. Deberá indicar si celebró contratos de trabajo con la señora **Adalgiza González de Aristizábal** identificada con c.c.25.126.601, durante los años 1995 a 2000, si efectivamente se ejecutaron dichos contratos, y en qué instituciones educativas se desarrollaron los contratos.
- c. Si en los años 2001 a 2003 suscribió autorizaciones para personal docente, con la señora **Adalgiza González de Aristizábal** identificada con c.c.25.126.601, para lo cual se servirá indicar si prestó dichos servicios, por cuánto tiempo y en cuál(es) institución(es) educativa(s) se hizo. Allegará copia de la documentación pertinente.
- d. Si en el año 2004 la señora **Adalgiza González de Aristizábal** identificada con c.c.25.126.601 fue nombrada como docente mediante decreto, indicará el mismo, si prestó los servicios, durante qué período y en cuáles instituciones educativas. Allegará copia de la documentación pertinente.

Notifíquese y Cúmplase

Los Magistrados



PUBLIO MARTÍN ANDRÉS PATIÑO MEJÍA



CARLOS MANUEL ZAPATA JAIMES
Magistrado



PATRICIA VARELA CIFUENTES
Magistrada



Firmado Por:

Publio Martin Andres Patiño Mejia

Magistrado

Mixto 006

Tribunal Administrativo De Manizales - Caldas

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica, conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

Código de verificación:

04172c7e38477488e4492a3aaa26704a64e65792f9fb9ad6726dfa71d3807c2d

Documento generado en 20/09/2021 11:02:07 AM

Valide este documento electrónico en la siguiente URL:

<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>

República de Colombia Rama Judicial



**Honorable Tribunal Administrativo de Caldas
Sala sexta de decisión
Magistrado Ponente: Publio Martín Andrés Patiño Mejía**

Sentencia de segunda instancia

Acción: Nulidad y Restablecimiento del Derecho – Laboral
Demandante: Eduardo Antonio Vásquez Méndez
Demandado: Nación – Ministerio de Educación – Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio – FOMAG- Gobernación de Caldas.
Radicado: 17001-33-39-754-2015-00126-02
Acto judicial: Sentencia 099

Manizales, veinte (20) de septiembre de dos mil veintiuno (2021).

Proyecto discutido y aprobado en Sala de la presente fecha.

§01. **Síntesis:** El demandante solicita la pensión de sobrevivientes por la muerte de su cónyuge que era docente pensionada. El juzgado de primera instancia declaró probada la excepción de “falta de legitimación en la causa por pasiva” de la entidad territorial y negó las pretensiones por no haberse demostrado la convivencia entre la pareja. La sala confirma la sentencia.

§02. La sala dicta sentencia de segunda instancia en el medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho interpuesto por el señor Eduardo Antonio Vásquez Méndez, demandante, contra la Nación- Ministerio de Educación – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y la Gobernación de Caldas, demandadas. El objeto de la decisión es la apelación interpuesta por la parte demandante contra la sentencia proferida el 01 de abril de 2019 por la Señoría del Juzgado Octavo Administrativo del circuito de Manizales, que negó las pretensiones de la demanda.

1. Antecedentes

1.1. La demanda que solicita el reconocimiento de la pensión de sobreviviente¹

§03. El demandante solicitó que se declare la nulidad de la **Resolución 5048 del 25 de agosto de 2010**, expedida por el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio – FOMAG- Secretaría de Educación de la gobernación de Caldas, que negó el reconocimiento de la sustitución de la pensión de la causante María Adalgiza Díaz de Vásquez.

¹ Fl 2 a 42 C1.

§04. A título de restablecimiento, solicitó se ordene a la parte demandada: reconocer y pagar en forma indexada al señor Eduardo Antonio Vásquez Méndez la sustitución de la pensión de la señora María Adalgiza Díaz de Vásquez, a partir de la fecha de su fallecimiento.

§05. La demanda describió que el 24 de enero de 1972 el señor Eduardo Antonio Vásquez Méndez contrajo matrimonio con la señora María Adalgiza Díaz de Vásquez.

§06. De dicho matrimonio se procrearon cinco hijos: Adriana, Mauricio, Eduardo, Rosa Elena y Cristián Andrés Vásquez Díaz.

§07. El señor Vásquez Díaz laboró como agente de la Policía Nacional en diferentes municipios de Caldas y del Tolima. Mientras la señora Díaz de Vásquez se desempeñó como docente en el municipio de la Dorada -Caldas.

§08. La señora María Adalgiza Díaz de Vásquez falleció el 07 de septiembre de 2006, cuando ocupaba el cargo de docente en el Colegio Marco Fidel Suárez del municipio de la Dorada - Caldas.

§09. Refirió que los esposos Vásquez Díaz nunca demandaron la cesación de efectos civiles del matrimonio católico, ni tampoco liquidaron la sociedad conyugal.

§10. El 10 de agosto de 2009, el demandante solicitó a la secretaría de educación de la gobernación de Caldas- FOMAG- el reconocimiento de la sustitución pensional, en calidad de cónyuge supérstite de la señora Díaz de Vásquez.

§11. Dicha solicitud fue negada mediante la Resolución 5048 del 25 de agosto de 2010. El fundamento para tal determinación era que en un escrito del 17 de marzo 2009 los hijos de la pareja manifestaron que el actor no convivía con la causante por más de quince años. Y conforme al artículo 7º del Decreto 1160 de 1989, esta circunstancia daría lugar a la pérdida del derecho a la prestación social.

§12. El actor señala que dicho artículo 7º del decreto 1160 fue declarado nulo en sentencia del 12 de octubre de 2006.

§13. El demandante precisó como normas violadas los artículos 29 y 48 de la Constitución Política, 46, 47 y 74 de la Ley 100 de 1993.

§14. En el concepto de la violación, el accionante manifestó que según la interpretación reiterada de la Corte Suprema de Justicia del artículo 13 de la Ley 797 de 2003, cuando no existe controversia en la convivencia del causante entre un cónyuge y un compañero, para tener derecho a la pensión de sobrevivientes se debe demostrar una convivencia de cinco años de la pareja en cualquier tiempo, y no previa a la muerte de la causante.

1.2. La gobernación de Caldas contestó la demanda precisando que el demandante no convivía con la causante desde hace más de quince años²

§15. La demanda fue contestada por la entidad territorial, pero no por el Ministerio de Educación.³

§16. La gobernación se opuso a las pretensiones. En cuanto a los hechos puntualizó que por medio de la Resolución 5048 del 25 de agosto de 2010, se negó la pensión de sobrevivientes, toda vez que sus hijos y varias personas informaron bajo juramento que el actor no convivió por más de quince años con la causante.

§17. Propuso los siguientes medios exceptivos:

§17.1. **Falta de legitimación en la causa por pasiva:** Argumentó que la demanda debió dirigirse contra el Ministerio de Educación, quien es el encargado de todo lo concerniente al reconocimiento, liquidación y pago de pensiones a los docentes. (D. 2831/2005).

§17.2. **Inexistencia del derecho reclamado:** Expuso que la causante falleció en el año 2006, cuando todavía existía el requisito de fidelidad al sistema establecido por la Ley 767 de 2003, el cual no se cumplió en este caso.

§17.3. **Genérica.**

1.3. La sentencia que negó las pretensiones⁴

§18. El Juzgado Octavo Administrativo del circuito de Manizales profirió sentencia el 01 de abril de 2019, negando las pretensiones en los siguientes términos:

“PRIMERO: DECLARAR PROBADA la excepción de **“FALTA DE LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA POR PASIVA”**, propuesta por el Departamento de Caldas.

SEGUNDO: NEGAR las pretensiones de la demanda

TERCERO: CONDENAR en costas a cargo de la parte demandante y a favor del Departamento de Caldas, cuya liquidación y ejecución se hará conforme la forma dispuesta en el artículo 366 del Código General del Proceso. Se finjan en agencias del derecho por valor de \$300.000, de acuerdo con lo prescrito en el artículo 6 numeral 3.1.2 del Acuerdo 1887 de 2003...”

§19. Inicialmente, se declaró probada la excepción de falta de legitimación en la causa de la gobernación, porque es a la Nación- Ministerio de Educación – FOMAG a quien

² Fl. 77 a 83 C1

³ F. 92 c.1.

⁴ Fl. 136 a 142 C1

le corresponde el pago de las prestaciones sociales del magisterio, y las secretarías de educación territoriales solo son colaboradores en los trámites.

§20. El juzgado hizo una síntesis de las posturas de las partes, y formuló como problema jurídico: *¿El señor Eduardo Antonio Vásquez Méndez tiene derecho al reconocimiento y pago de la pensión de sobrevivientes, con ocasión del fallecimiento de la señora María Adalgiza Díaz Vásquez, quien en vida disfrutaba de la pensión de jubilación?*

§21. La primera instancia esclareció que para el caso se trata de una pensión de sobreviviente que se guía por los requisitos del artículo 47 de la Ley 797 de 2003, entre ellos, el actor debe demostrar que hizo que convivió con la causante por no menos de 5 años continuos con anterioridad a su fallecimiento.

§22. El juzgado estimó que el demandante no probó la convivencia exigida por la ley, y existe un documento donde sus hijos desmienten dicha convivencia. De esta manera, se negaron las pretensiones.

1.4. El demandante apeló la sentencia insistiendo que hubo convivencia de la pareja porque no se disolvió el vínculo matrimonial⁵

§23. El accionante pidió que se revoque la sentencia y se acceda a las pretensiones, con los siguientes razonamientos:

§23.1. No debió tenerse en cuenta el documento que rechazaba la convivencia del actor con la causante, porque no tenía autenticidad respecto a los autores, ni fue motivo de presentación ante alguna autoridad;

§23.2. No se debió aceptar la excepción de falta de legitimación la causa por pasiva propuesta por la secretaría de educación de la gobernación de Caldas, pues es la encargada de acatar lo dispuesto por el FOMAG para el reconocimiento de las prestaciones docentes; y,

§23.3. Está demostrada la convivencia del demandante con su cónyuge, pues contrajeron matrimonio, se formó una sociedad conyugal, procrearon cinco hijos en distintos sitios por los traslados que tuvo el demandante, no hubo liquidación de la sociedad, y no cesaron los efectos del matrimonio católico.

1.5. Actuación y alegatos

§24. Mediante acto judicial del 01 de abril del 2019⁶, se admitió el recurso de apelación interpuesto, y por auto del 22 de julio de 2019⁷, se corrió traslado de alegatos.

§25. Las partes permanecieron silentes, y el Ministerio Público no se pronunció⁸.

⁵ Fl. 144 a 158 C1

⁶ Fl. 3 C4

⁷ Fl. 6 C4

⁸ Constancia Secretarial del 30 de agosto de 2019. Fl. 9 C4

2. Consideraciones

2.1. Competencia

§26. El tribunal es competente para decidir la apelación conforme al artículo 153 del C.P.A.C.A.

2.2. Lo demostrado en el proceso

§27. La señora María Adalgiza Díaz de Vásquez nació el 1º de noviembre de 1948.⁹ El señor Eduardo Antonio Vásquez Méndez nació el 27 de junio de 1946.¹⁰

§28. El 24 de enero de 1972 la señora María Adalgiza Díaz de Vásquez y el señor Eduardo Antonio Vásquez Méndez contrajeron matrimonio.¹¹

§29. La pareja tuvo los siguientes hijos en el transcurso de diez años: Adriana el 28 de abril de 1972, Mauricio el 21 de diciembre de 1973, Eduardo el 27 de octubre de 1975, Rosa Elena el 25 de octubre de 1976, Cristian Andrés el 1 de diciembre de 1982.¹²

§30. La señora María Adalgiza Díaz de Vásquez, causante, prestó sus servicios en el cargo de docente en el municipio de la Dorada desde el 11 de agosto de 1978¹³ hasta el 07 de septiembre de 2006.¹⁴

§31. A la señora María Adalgiza Díaz de Vásquez le fue reconocida la pensión mediante la Resolución 300 del 29 de abril de 2004 del FOMAG, con fecha de consolidación del estatus del 2003/11/01.¹⁵

§32. La señora María Adalgiza Díaz de Vásquez falleció el 07 de septiembre de 2006.¹⁶

§33. El 09 de octubre de 2007, a través de la Resolución 4163 se reconoció y ordenó el pago del seguro de muerte a favor de la señora Rosa Elena Vásquez Díaz, en calidad de hija de la causante.¹⁷

§34. El 10 de agosto de 2009 el demandante solicitó la pensión de sobrevivientes de la pensión de su cónyuge. El 25 de agosto de 2010, la Secretaría de Educación de Caldas-

http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/constitucion_politica_1991_pr001.html#:~:text=ARTICULO%2048.,t%C3%A9rminos%20que%20establezca%20la%20Ley.

⁹ F. 9 c. 3.

¹⁰ F. 48 c.1.

¹¹ Fl. 46 C1

¹² Fs. 48 a 53 c.1

¹³ Fl. 11 C3

¹⁴ Fl. 25 C3

¹⁵ Fl.37 a 38 C3

¹⁶ Fl.47 C1

¹⁷ Fl.4 -5 C3

Fondo Nacional de Prestaciones del Magisterio negó el reconocimiento mediante la Resolución 5048.¹⁸

§35. Como anexo a la demanda se adjuntó un documento, con sello de “... LA PRESENTE FOTOCOPIA CORRESPONDE AL ORIGINAL QUE REPOSA EN LOS ARCHIVOS DE ESTA OFICINA. FON FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO.” Tiene constancia de presentación del 17 de marzo de 2009, firmado por varias personas, entre ellos aparecen nombres manuscritos de cuatro de los cinco hijos de la pareja: Mauricio, Rosa Elena, Adriana y Cristian Andrés Vásquez Díaz. En este escrito se lee:¹⁹

“Como hijos legítimos Adriana Vásquez Díaz, Mauricio Vásquez Díaz, Eduardo Vásquez Díaz, Rosa Elena Vásquez Díaz y Cristhian Andrés Vásquez Díaz... de la causante somos testigos presenciales de que nuestra señora madre desde hace más de quince (15) años se separó de nuestro padre EDUARDO ANTONIO VÁSQUEZ MÈNDEZ, quien actualmente está reclamando las respectivas pensiones, persona que no ha adquirido derecho por cuanto no convivía con la causante (desde hacía 28 años aproximadamente). Además no le asiste el derecho con ocasión a que nos dejó totalmente abandonados (moral y legalmente) desde el mismo momento en que nuestra señora madre llevó a cabo la declaración ante la autoridad competente del municipio de Icononzo Tolima en la que consta los motivos de separación con el señor VÁSQUEZ MÈNDEZ (Se anexa copia), viéndose nuestra señora madre en la necesidad de entablar demanda por alimentos, para asegurar nuestro sustento.”

§36. Según se infiere de este documento y el artículo 244 del CGP, es privado, no fue tachado ni desconocido expresamente por el demandante en el escrito de demanda ni durante el proceso, además que fue aportado por el actor, **por lo que se presume auténtico:**

“ARTÍCULO 244. DOCUMENTO AUTÉNTICO. Es auténtico un documento cuando existe certeza sobre la persona que lo ha elaborado, manuscrito, firmado, o cuando exista certeza respecto de la persona a quien se atribuya el documento.

Los documentos públicos y los privados emanados de las partes o de terceros, en original o en copia, elaborados, firmados o manuscritos, y los que contengan la reproducción de la voz o de la imagen, se presumen auténticos, mientras no hayan sido tachados de falso o desconocidos, según el caso.

(...)

*La parte que aporte al proceso un documento, en original o en copia, reconoce con ello su autenticidad y no podrá impugnarlo, **excepto cuando al presentarlo alegue su falsedad.*** Los documentos en forma de mensaje de datos se presumen auténticos.

¹⁸ Fl.43 -44 C1

¹⁹ Fl.56 -58 C1

Lo dispuesto en este artículo se aplica en todos los procesos y en todas las jurisdicciones.”

2.3. Problemas jurídicos

§37. ¿La secretaría de educación de la gobernación de Caldas tiene legitimación en la causa para actuar en el proceso?

§38. ¿Tiene derecho el señor Eduardo Antonio Vásquez Méndez al reconocimiento de la pensión de sobreviviente de su cónyuge, la señora María Adalgiza Díaz de Vásquez?

2.4. De la legitimación en la causa por pasiva de la secretaría de educación de la gobernación de Caldas.

§39. Uno de los motivos de la apelación de la sentencia, es que se haya declarado la falta de legitimación en la causa por pasiva de la entidad territorial.

§40. Al respecto, los artículos 3º y 4º de la Ley 91 de 1989 crearon el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, para atender las prestaciones sociales de los docentes.

§41. Los artículos 5º a 8º del Decreto 1775 de 1990 le atribuyeron las secretarías de educación territoriales las funciones del trámite de las solicitudes de reconocimiento de las prestaciones sociales del magisterio. El artículo 56 de la Ley 962 de 2005 precisó que estas secretarías harían un proyecto de resolución, el cual debía ser aprobado por el FOMAG. En igual sentido los artículos 2 a 5 del Decreto 2831 de 2005.

§42. El Consejo de Estado estimó que la competencia para el reconocimiento y pago de las prestaciones sociales del magisterio le corresponde al FOMAG y no a las secretarías de educación territoriales:

*“La Sala no pasa por alto que la intención del legislador al expedir la Ley 962 de 2005 fue la de simplificar una serie de trámites que los particulares adelantaban ante la administración, entre ellos las solicitudes de los docentes oficiales tendientes a obtener el reconocimiento de una prestación pensional, dada la evidente complejidad que ello entrañaba. Sin embargo, ello en ningún momento supuso despojar al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio de la competencia para reconocer y pagar las prestaciones sociales de los docentes oficiales”*²⁰

§43. De esta manera, la competencia para el pago de las prestaciones sociales docentes, como la que actualmente se demanda, radica en la Nación – Ministerio de Educación-FOMAG, por lo que no se accederá al cargo de la apelación de la parte demandante en

²⁰ CONSEJO DE ESTADO - SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO - SECCION SEGUNDA-SUBSECCION “B”- Consejero ponente: GERARDO ARENAS MONSALVE- Bogotá D.C., cinco (5) de diciembre de dos mil trece (2013).- Radicación número: 25000-23-25-000-2009-00467-01(2769-12)

este aspecto.

2.5. Caso concreto y régimen aplicable

2.5.1. La pensión ordinaria de la causante docente se rige por la Ley 33 de 1985

§44. La señora María Adalgiza Díaz de Vásquez nació el 1º de noviembre de 1948, y se vinculó al servicio educativo estatal el 11 de agosto de 1978, por nombramiento que la secretaria de educación califica como nacionalizado.

§45. Conforme al artículo 15.1 de la Ley 91 de 1989 “1. *Los docentes nacionalizados que figuren vinculados hasta el 31 de diciembre de 1989, para efectos de las prestaciones económicas y sociales, mantendrán el régimen prestacional que han venido gozando en cada entidad territorial de conformidad con las normas vigentes.*”

§46. El Consejo de Estado estimó que esta disposición se debe interpretar armónicamente con la Ley 33 de 1985, “... *observando el régimen de transición consagrado en esta última; de tal suerte que a los docentes que pertenecían al orden departamental, nacionalizados por virtud de la Ley 43 de 1975, cuyas prestaciones se causaron hasta la fecha de promulgación de la citada Ley 91 de 1989, en su aspecto prestacional se rigen, según sea el caso, por la Ley 6ª de 1945 o por la Ley 33 de 1985.*”²¹-sft-

§47. Como la causante, señora Díaz, al 29 de enero de 1985 no había cumplido 15 años de servicios, le es aplicable el régimen de la Ley 33 de 1985. Además, porque se vinculó antes de la entrada en vigor de la Ley 812 del 26 de junio de 2003²², que extendió el régimen de la seguridad social integral al magisterio.

2.5.2. La pensión de sobrevivientes que se demanda, se causó en vigencia de la Ley 797 de 2003 y se rige por esta norma, la cual exige la prueba de la convivencia del actor con la causante

§48. Antes de la expedición de la Ley 100 de 1993, se creó la figura de la sustitución pensional, en favor de la viuda de un pensionado, regulada por los artículos 36, 39 del Decreto 3135 de 1968, 80, 92 del Decreto 1848 de 1969, 1º de la Ley 33 de 1973 y 1º de la Ley 75 de 1975.

§49. El artículo 48 de la Constitución Política de 1991 expresamente dispuso que “... *Los requisitos y beneficios para adquirir el derecho a una pensión de invalidez o de sobrevivencia serán los establecidos por las leyes del Sistema General de Pensiones.*”

²¹ CONSEJO DE ESTADO- SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO- SECCION SEGUNDA - SUBSECCION "A"- Consejero ponente: GUSTAVO EDUARDO GOMEZ ARANGUREN- Bogotá, D.C., doce (12) de febrero de dos mil nueve (2009)- Radicación número: 68001-23-15-000-2000-01794-01(1971-06)

²² “Los docentes que se vinculen a partir de la entrada en vigencia de la presente ley, serán afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y tendrán los derechos pensionales del régimen pensional de prima media establecido en las Leyes 100 de 1993 y 797 de 2003, con los requisitos previstos en él, con excepción de la edad de pensión de vejez que será de 57 años para hombres y mujeres.”

§50. El Consejo de Estado consideró que “... *Quiere decir entonces que la Ley 100 de 1993 “Por la cual se crea el sistema de seguridad social integral y se dictan otras disposiciones”, derogó tácitamente la Ley 12 de 1975, concretamente, porque esta nueva norma reemplazó la sustitución pensional por la pensión de sobrevivientes tanto en el régimen de prima media con prestación definida como en el de ahorro individual...*”²³

§51. El artículo 46 de la ley 100 preveía que tendría derecho a la pensión de sobrevivientes, los miembros del grupo familiar del pensionado por vejez que fallezca, entre otros. Esta previsión se mantuvo en la modificación del artículo 12 de la Ley 797 de 2003.

§52. Pero, en cuanto a estos miembros del grupo familiar, el artículo 47.1 de la ley 100 exigió al cónyuge supérstite que debía acreditar: “... *que estuvo haciendo vida marital con el causante, y hasta su muerte, y haya convivido con el fallecido no menos de dos (2) años continuos con anterioridad a su muerte, **salvo que haya procreado uno o más hijos con el pensionado fallecido**...*”-sft-

§53. O sea, originalmente la Ley 100 de 1993 exigía al cónyuge supérstite que estuviera haciendo vida marital con el causante, y si se habían procreado hijos no exigía demostrar un periodo de convivencia antes de la muerte.

§54. El Consejo de Estado aclaró que “... *en materia de reconocimiento de pensión de sobrevivientes, la norma aplicable es la vigente para la fecha del fallecimiento del causante, pues es en este momento en que se causa el derecho a la sustitución pensional.*”²⁴

§55. La señora María Adalgiza Díaz de Vásquez falleció el 07 de septiembre de 2006.

§56. Para esta época, el artículo 47 de la Ley 100 de 1993 fue modificado por el artículo 13 de la Ley 797 de 2003, el cual exigió para la pensión de sobrevivientes que el cónyuge supérstite demostrara un plazo de convivencia de cinco años, antes de la muerte, sin importar si tuvieron hijos o no. Esta circunstancia es la que debe demostrar el actor para acceder a la prestación social que demanda:

“Son beneficiarios de la pensión de sobrevivientes:

a) *En forma vitalicia, el cónyuge o la compañera o compañero permanente o supérstite, siempre y cuando dicho beneficiario, a la fecha del fallecimiento del causante, tenga 30 o más años de edad. En caso de que la pensión de sobrevivencia se cause por muerte del pensionado, el cónyuge o la compañera o compañero permanente supérstite, **deberá acreditar** que estuvo haciendo vida*

²³ CONSEJO DE ESTADO- SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO- SECCIÓN SEGUNDA-SUBSECCIÓN B- CONSEJERA PONENTE: DRA. SANDRA LISSET IBARRA VÉLEZ. Bogotá D.C., diecisiete (17) de octubre de dos mil diecisiete (2017). Radicado No. 190012333000201300214 01 No. Interno: 1392-2016

²⁴ CONSEJO DE ESTADO- SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO- SECCIÓN SEGUNDA-SUBSECCIÓN B- Consejera ponente: SANDRA LISSET IBARRA VÉLEZ- Bogotá D.C., veintidós (22) de febrero de dos mil dieciocho (2018).- Radicación número: 68001-23-33-000-2014-00062-02(1412-17)

marital con el causante hasta su muerte y haya convivido con el fallecido no menos de cinco (5) años continuos con anterioridad a su muerte; ...”-sft-

§57. La Corte Constitucional, citando a la Corte Suprema de Justicia²⁵, recalcó que la convivencia debe demostrarse como el auxilio mutuo, entendido como acompañamiento espiritual permanente, apoyo económico y con vida en común que se satisface cuando se comparten los recursos que se tienen. Por lo tanto, no se entiende la convivencia por el solo hecho de mantener el vínculo matrimonial vigente:

“Primer requisito: haber hecho vida marital con el causante hasta su muerte. La vida marital consiste en la prueba de la convivencia efectiva, real y material entre el causante y el cónyuge o compañero. La jurisprudencia constitucional ha señalado que, según lo dispuesto por el artículo 47 original de la Ley 100 de 1993, el factor determinante para establecer qué persona tiene derecho a la sustitución pensional en casos de conflicto entre el cónyuge supérstite y la compañera o compañero permanente es el compromiso de apoyo afectivo y de comprensión mutua existente entre la pareja al momento de la muerte de uno de sus integrantes. En el mismo sentido, la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia ha precisado que: (i) no existe una preferencia prima facie de la cónyuge supérstite sobre la compañera permanente, por el solo hecho de mantener el vínculo matrimonial vigente, sino que debe acreditarse la convivencia efectiva, real y material entre la pareja, y no tanto la naturaleza jurídica del vínculo que se tenga, y (ii) la convivencia excede la concepción meramente formal relativa a la cohabitación en el mismo techo y se predica de quienes además, han mantenido vivo y actuante su vínculo mediante el auxilio mutuo (...) entendido como acompañamiento espiritual permanente, apoyo económico y con vida en común que se satisface cuando se comparten los recursos que se tienen, (...) aún en la separación cuando así se impone por fuerza de las circunstancias, ora por limitación de medios, ora por oportunidades laborales” (SU-108/2020)-sft-

§58. El demandante pretende que se tenga por configurada la convivencia con la causante, por la vigencia del vínculo matrimonial en el tiempo, así como por la procreación de hijos.

§59. En torno a si es suficiente tener por demostrada alguna convivencia con la procreación de hijos, la Corte Suprema de Justicia estimó que no era bastante, porque: *“... De otro lado, si bien es cierto que el ISS, en la misma resolución antecitada, reconoció que la demandante había procreado, en el poco tiempo de convivencia, dos hijos con el causante, tal circunstancia no la eximía de demostrar un tiempo mínimo de cinco años como lo prevé la norma actual, con las reformas introducidas por el artículo 13 de la Ley 797 de 2003, pues la salvedad de la procreación que tenía el antiguo artículo 47 fue eliminada en el actual texto, de donde no cabe concluir otra cosa que la decisión de primer grado debe ser revocada, para, en su lugar absolver a*

²⁵ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA- SALA DE CASACIÓN LABORAL- Radicación No. 34648-Magistrado Ponente: FRANCISCO JAVIER RICAURTE GÓMEZ. Bogotá, D.C., dieciséis (16) de febrero de dos mil diez (2010).

la entidad demandada de todas las pretensiones de la actora.”²⁶

§60. En síntesis, la parte demandante no allegó alguna prueba de la convivencia que tuvo con la causante de la pensión, señora María Adalgiza Díaz de Vásquez, durante todo el tiempo de duración del vínculo matrimonial.

§61. Por lo que el actor no demostró los supuestos de hecho que exige el artículo 47 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 13 de la Ley 797 de 2003, esto es la convivencia que tuvo con la causante de la pensión, para ser beneficiario de la pensión de sobrevivientes.

§62. De esta forma, habrá de confirmarse la sentencia de primera instancia.

2.8. Costas en esta Instancia

§59. Con base en el artículo 365 del CGP, aplicable por virtud del precepto 188 de la Ley 1437 de 2011 y el artículo 47 de la Ley 2080 de 2021, dado que no se generaron gastos en esta instancia, la apelación prosperó parcialmente????????? y la parte actora no demostró gestión procesal en esta instancia, no se condenará en costas en esta instancia.

§60. En mérito de lo expuesto, la sala sexta del Tribunal Administrativo de Caldas, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

Sentencia

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia del primero (01) de abril de 2019 proferida por el Juzgado Octavo Administrativo del Circuito de Manizales, en el proceso de nulidad y restablecimiento del derecho interpuesto por **Eduardo Antonio Vásquez Méndez** contra **Nación – Ministerio de Educación – Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio – Departamento de Caldas**.

SEGUNDO: No Condenar en costas en esta instancia.

TERCERO: Ejecutoriado el veredicto, háganse las anotaciones respectivas y archívese.

Notifíquese y Cúmplase

Los Magistrados



PUBLIO MARTÍN ANDRÉS PATIÑO MEJÍA

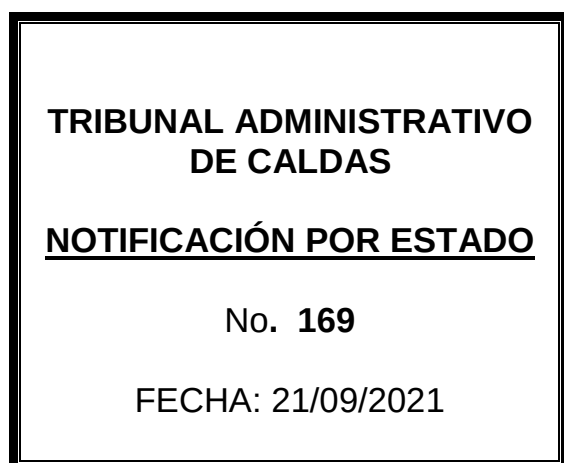
²⁶ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA- SALA DE CASACIÓN LABORAL- Radicación No. 34648-Magistrado Ponente: FRANCISCO JAVIER RICAURTE GÓMEZ. Bogotá, D.C., dieciséis (16) de febrero de dos mil diez (2010).



CARLOS MANUEL ZAPATA JAIMES
Magistrado



PATRICIA VARELA CIFUENTES
Magistrada



Firmado Por:

Publio Martin Andres Patiño Mejia
Magistrado
Mixto 006
Tribunal Administrativo De Manizales - Caldas

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica, conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

Código de verificación:

45accffbff5713a51428e495fdad9a62eea0d99f788f8301723a476557551f26

Documento generado en 20/09/2021 11:01:49 AM

Valide este documento electrónico en la siguiente URL:
<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>